

487

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO



CAMPUS ARAGÓN

LA ATENCIÓN MÉDICO HOSPITALARIA EN EL
SECTOR PÚBLICO Y LA RESPONSABILIDAD
PENAL DEL PERSONAL QUE INTERVIENE
EN LA MISMA

T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
P r e s e n t a:
SANTA VALLE

ASESOR:

Lic. Juan Jesús Juárez Rojas

293113

Estado de México, [Redacted]

2001



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Esta Tesis la dedico a todas aquellas personas que de alguna manera contribuyeron a mi formación profesional dentro de la medicina y del derecho, ya que en invariables ocasiones permitieron que derramara una lagrima en la oscuridad de mi impotencia, así como la gran oportunidad y la satisfacción de ver su recuperación y con ella mi sonrisa.

Gracias a ellas, dislucide el valor de los sentimientos y la responsabilidad tan grandiosa de la vida.

Ellas permiten que tenga el sentimiento de alivio a mi conciencia, al haber contribuido a su alivio moral y físico.

Gracias por haberme permitido aprender de ellas.

A mi Padre: †

Quien con su gran amor y ternura infundió en mi los principios fundamentales de respeto y amor por la vida propia y la de mis semejantes, quien ha sido y es la luz principal y guía en mi camino.

Gracias, por darme la vida, siempre serás la estrella en mi firmamento por que estás en mi mente y mi corazón.

A mi Madre: †

Por darme el carácter y la fuerza para luchar en la vida a pesar de las vicisitudes, por enseñarme a cruzar los obstáculos en el camino, por aprenderle a ser una mujer de trabajo y de bien.

Gracias también a ti, por la vida y la comprensión que me diste y que sin ti y tus consejos no hubiera llegado al final de este camino, siempre estarás dentro de mí.

A mis amigos:

Que siempre están cuando los necesito, que también caminamos juntos, luchando hombro con hombro para lograr un triunfo en la vida, quienes han compartido mis alegrías y mis tristezas, mis triunfos y decepciones.

Gracias por la paciencia que me han tenido en todos estos años de cariño y amistad compartida.

LA ATENCIÓN MÉDICO HOSPITALARIA EN EL SECTOR PÚBLICO, Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PERSONAL QUE INTERVIENE EN LA MISMA

Pág.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. EL DERECHO A LA SALUD, COMO UNA GARANTÍA INDIVIDUAL.

- 1.1 Las Garantías de Seguridad y Protección a la Salud. 1
- 1.2 Las Garantías de Protección a la Salud que otorga el Estado. 8
- 1.3 La Reglamentación Jurídica de Protección a la Salud. 15

CAPÍTULO II. ETIOLOGÍA MÉDICA GENERADORA DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

- 2.1 La Falta de Atención Inmediata en el Servicio de Urgencias en los Hospitales del Sector Público. 23
- 2.2 El Mal Manejo Médico en el Tratamiento Quirúrgico. 35
- 2.3 La Omisión de Hacer en la Obligación de la Atención Médico Hospitalaria. 39
- 2.4 El Manejo Inadecuado de los Medicamentos del Cuadro Básico del Sector Salud. 42

CAPÍTULO III. PROBLEMAS DE ATIPICIDAD QUE PRESENTA LA LEY PENAL Y LA LEY GENERAL DE SALUD.

- 3.1 Código Penal. 66
- 3.2 Ley General de Salud. 73
- 3.3 Ley General de Profesiones. 75
- 3.4 Reglamento Interno de Arbitraje Médico. 76

CAPÍTULO IV. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

- 4.1 Responsabilidad: 81
 - 4.1.1 Exigible del Delincuente. 84
 - 4.1.2 Exigible del Estado. 86
- 4.2 Creación de Tipo Penal 87

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Dentro del catálogo de prerrogativas que se encuentran reguladas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se destaca la protección de los derechos esenciales del hombre como la vida, la igualdad, la libertad y la seguridad jurídica.

Las garantías individuales tienen como función principal otorgar al gobernado la tutela de esos derechos fundamentales y, limitar a los órganos del Estado, su esfera de atribuciones en lo conducente a los actos de autoridad que pudieran afectar la esfera jurídica del gobernado.

A través de las prerrogativas que otorga la Ley Fundamental, la persona puede aspirar a la consecución de sus aspiraciones, conseguir su propio bienestar y desarrollo individual y colectivo dentro de la sociedad.

El hombre como ente social requiere de ciertos satisfactores para cubrir sus necesidades más apremiantes, como la comida o el vestido, la educación, el trabajo o la vivienda, por citar algunos; para ello ejercita frente al Estado sus derechos, como el de trabajo, la libertad de pensamiento y de conciencia, la propiedad y la seguridad jurídica de que la conducta del Poder Público se ceñirá a los requisitos, circunstancias o elementos que le exigen las normas, para que pueda actuar dentro de un marco de derecho.

Dentro de la consecución de sus logros y aspiraciones el individuo debe encontrarse en aptitud de poder ejercitar sus derechos, su bienestar físico y mental es un aspecto

importante para tal efecto. Es aquí donde el *derecho a la salud* del gobernado juega un papel importante, ya que a través de él el individuo como entidad biopsicosocial logra el justo equilibrio entre él y su medio ambiente que le circunda.

El derecho a la salud contenido en el artículo 4° de la Constitución Federal, garantiza al gobernado los servicios de atención médica por parte del Estado cuando así los requiera.

Las instituciones médicas del Estado, como clínicas y hospitales, tienen la ineludible obligación de brindar los servicios médicos que el paciente requiera de manera eficiente, responsable y expedita.

Si el deber de las personas que otorgan o se comprometen a dar este servicio de atención médica lo realizaran con auténtica vocación, la imagen del Sector Salud en nuestro país no se vería deteriorada por la deficiencia e incapacidad de su personal.

La intención de elaborar esta investigación se basa en el interés, como profesional de la medicina y, ahora del derecho, en conocer, delimitar y tratar de dar alguna pauta de solución al problema de la responsabilidad médica generada por la impericia o por el desinterés o indiferencia que enfermeras y facultativos de los centros de urgencia y hospitales presentan al momento de atender a los que por desgracia llegan a sus manos en calidad de pacientes.

En nuestro concepto la legislación penal es muy benigna en el trato que le da a las personas que se pudieran ver involucradas con la comisión de un delito en el que se presenta la negligencia médica.

Lo mismo sucede en la Ley General de Salud, inclusive, como veremos en el desarrollo de esta investigación, la jurisprudencia es, en nuestro concepto demasiado bondadosa en la emisión de sus criterios sobre este tópicó, situación que consideramos injusta, basándonos en las razones que en el cuerpo de este trabajo exponemos.

Estos son, entre otros, los motivos que nos llevaron a elaborar la presente investigación jurídica con el título de **LA ATENCIÓN MÉDICO HOSPITALARIA EN EL SECTOR PÚBLICO, Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PERSONAL QUE INTERVIENE EN LA MISMA.**

Este trabajo lo hemos dividido para su estudio en cuatro Capítulos, de los cuales a continuación mencionamos brevemente su contenido:

En el primero, tratamos el derecho a la salud como un elemento fundamental del individuo, su protección y salvaguarda por parte del Estado, al estar inserto en el Pacto Federal a rango de garantía individual. También aludimos a la seguridad y asistencia social como parte estructural del Derecho a la Salud Pública en México.

En el segundo, abordamos algunos casos, los que a nuestro juicio por la experiencia profesional adquirida en el servicio hospitalario y de emergencia, consideramos como los más representativos de las causas que generan responsabilidad médica.

El tercero, corresponde al contexto doctrinario y legal sobre el tema del delito, el tipo y los problemas de atipicidad que se presentan en la legislación penal y la de salud, en el caso de actos u omisiones que no se encuentran considerados como conducta delictiva en un tipo penal, o que estándolo pudieran estar contempladas bajo una causa de exclusión del delito o que por sus peculiaridades la jurisprudencia opine que la conducta no es generadora de delito, por no estar comprendida en una ley.

La cuarta parte de esta investigación esta encaminada al estudio de la responsabilidad penal exigible del delincuente, en el caso de prestadores del servicio de atención médica otorgada por el Sector Salud y, la que solidariamente debe de tener el Estado como responsable civil, de los actos u omisiones en que su personal estuviera involucrado y, que puedan ser constitutivos de un delito.

Por último, en el mismo apartado presentamos en propuesta concreta la formulación de un tipo penal que pudiera subsanar la falta de disposición expresa para sancionar tales conductas.

Por cuanto a la metodología ocupada en esta labor, utilizamos la deducción y el análisis de la teoría y la ley consultadas, y la técnica empleada es la investigación documental.

CAPÍTULO I EL DERECHO A LA SALUD, COMO UNA GARANTÍA INDIVIDUAL

Dentro del catálogo de los derechos esenciales del hombre que conforman sus atributos fundamentales, la salud constituye la base para el desarrollo de las aptitudes y personalidad humana. Sin la salud, el ejercicio de los demás derechos se afecta o disminuye desde el punto de vista psicosomático.

En este Capítulo abordamos el tema del derecho a la salud bajo la categoría de una prerrogativa contenida en el Pacto Federal.

1.1 Las Garantías de Seguridad y Protección de la Salud.

Podemos destacar que desde épocas pasadas, en nuestro país, el derecho a la salud o al bienestar integral del individuo o de su familia, se contemplaba de acuerdo al nivel económico de que gozaran las persona; con el paso del tiempo, el legislador fue involucrando este derecho como una garantía que brinda el Estado, plasmándola en la Constitución, encaminada para todos aquellos individuos que carecieran de recursos económicos o que se encontraran en estado de indefensión, ya fuera por no tener una fuente de ingresos o bien por estar en edad avanzada.

De esta forma no sólo se trataba de proteger al individuo como un ente social, sino que se tomaba como un sujeto susceptible de derechos; es decir, se consideraba ya como una

unidad biopsicosocial, involucrando a su vez a su círculo familiar, llámense padres, hijos, esposa, etcétera.

Es así como la necesidad de protección a los más débiles, originó un derecho otorgado por el Estado, denominado *garantía individual*, la que con el paso del tiempo en algunas categorías evolucionó hasta convertirse en una *garantía social*, situación que se encuentra vigente en nuestra Constitución, plasmada en los artículos 4º, párrafo y 73, fracción XVI, base primera, publicados en el Diario Oficial de la Federación, el 3 de febrero de 1983, disposiciones que aluden al tema de la salud, la cual deberán de gozar todos los habitantes de esta Nación, prerrogativa individual que se haría efectiva a través de las instituciones del Gobierno de la República y con fundamento en las normas generadas en esta materia involucrando en lo particular al Sector Salud.¹

Con relación al concepto *garantía*, ésta proviene del término anglosajón *warranty* o *warrantie* que significa la acción de brindar algún tipo de seguridad, protección o salvaguarda de cualquier bien o cosa a favor de alguien, jurídicamente se originó en el derecho privado, teniendo las acepciones anteriores.²

Ignacio Burgoa Orihuela al citar a Isidro Montiel y Duarte dice al respecto "...todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se llama *garantía*, aún cuando no sea de las individuales..."³

¹ Cfr.: Colectivo de Autores. Constitución Política de los Estados Unidos, comentada. UNAM; México, 1985.

² Cfr.: De Pina, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho, 17ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1991.

³ Las Garantías Individuales, 5ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1968; p. 147.

De los criterios que anteceden, nos damos cuenta que para cada tratadista el concepto *garantía* tiene un significado similar, al establecer que se trata de una protección o salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo, y que tal protección se encuentra regulada en el Pacto Federal.

Héctor Fix Zamudio menciona que “existen dos especies de garantías: las fundamentales (individuales, sociales e institucionales) y las de Constitución (para los métodos procesales, represivos y reparadores, que dan efectividad a los mandatos fundamentales, cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido)”.⁴

De la síntesis de los autores antes citados podemos concluir que en la garantía individual es necesario que se dé una relación de dualidad entre los sujetos, de *supra a subordinación*, es decir, el enlace que deberá de presentarse entre el Estado como ente de obligaciones y el gobernado como ente susceptible de derechos y titular de la garantía, acciones que deberán de sujetarse a los lineamientos establecidos para cada supuesto en el Pacto Federal.

En resumen, el gobernado como titular de las garantías individuales tendrá el goce y disfrute de éstas, frente a las autoridades del Estado.

En concordancia al criterio antes expuesto, Alfonso Noriega en su examen de la naturaleza jurídica y filosófica de la Constitución de 1917, respecto a las garantías individuales señala “tienen en su esencia el carácter de derechos del hombre, y no se fundan en una teoría

⁴ *Ibidem*: p. 146.

específica del derecho natural, sino en la convicción de que el hombre como tal, como persona humana, tiene derechos que le son propios frente al Estado”.⁵

En su disertación, el autor en comentario continua expresando “los derechos del hombre, las garantías individuales, son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe de reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permita el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia vocación individual y social”.⁶

Cabe señalar que en la Constitución de 1917, fueron introducidas ya las garantías individuales, como las garantías sociales, siendo éstas un complemento que se encuentra plasmado en la actual Ley Fundamental.

La opinión de Teófilo Olea Leyva, al respecto es “tanto las garantías individuales como las sociales conforman un concepto moderno de la garantía Jurisdiccional Constitucional, afirmando que actualmente la garantía es una noción de carácter procesal y no de naturaleza sustantiva; por ello la garantía constitucional es individual y social a un mismo tiempo, resultando, como lo señala el mismo autor, empírico y arbitrario el término o expresión de garantías individuales, como lo es el de generalización falsa de garantías sociales”.⁷

⁵ Citado por Castro, Juventino V. *Garantías y Amparo*, 5ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1986; p. 21.

⁶ *Ibidem.*; p. 22.

⁷ *Ibidem.*; p. 26.

De ahí que este autor haya considerado que los derechos del hombre y de la familia se encuentran integrados desde la Constitución de 1857. Ahora bien, si estas prerrogativas se encontraban ya plasmadas a su vez en la Constitución de 1917, hay quien estima que el nombre de garantías sociales es equívoco, para esto Héctor Fix Zamudio dice “en estricto derecho, sólo cabe hablar de derechos sociales que se garantizan a través de jurisdicciones específicas, resultando indispensable establecer normas instrumentales inspiradas en la justicia social, desprovistas de rigorismos, fórmulas y lentitud de los procedimientos ordinarios”⁸

Ignacio Burgoa Orihuela comenta sobre el tópico en estudio “el gobernado o sujeto activo de la garantía individual está constituido por todo habitante o individuo que viva en el territorio nacional, independientemente de su calidad migratoria, nacionalidad, sexo, condición civil, etc., el término individuo que encarna al sujeto gobernado cuando este se revela en una persona física, equivale a ser humano en su sustantividad biológica, con independencia de sus atributos jurídicos o políticos. La mencionada equivalencia está contenida implícitamente en el artículo 1º de nuestra Constitución, que dispone en su parte relativa que ‘En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución’...”⁹

De esta forma podemos decir que el derecho a la protección de los individuos por parte del Estado se contempló desde la Constitución del '57, en la cual se trató de socorrer no sólo al individuo carente de una fuente de trabajo, sino que se favorecía al que carecía de recursos

⁸ Idem.

⁹ Ob. Cit.: pp. 158 y 159.

económicos, así como a su familia, creando con esto lo que hasta la fecha se conoce como una garantía para el gobernado y un deber del Estado.

En conclusión, podemos establecer que dentro del contexto de las Garantías Constitucionales, diseminadas en el contenido de todo el Pacto Federal, éstas se dividen para su estudio en individuales y en sociales.

Las primeras salvaguardan los intereses particulares del gobernado, como la igualdad, la libertad, la propiedad y su seguridad jurídica. En tanto las segundas, protegen los derechos de la persona como parte integrante de un grupo o clase social desprotegido. A sí por ejemplo tenemos a la clase consumidora (artículo 28, constitucional), la clase campesina (artículo 27) y la clase trabajadora (artículo 123).

En el caso del artículo 4º del Pacto Federal, que forma parte de las prerrogativas del gobernado, Juventino V. Castro considera "las garantías señaladas en el artículo 4º deberían estar bien enmarcadas, toda vez que si como es fijado que el derecho a la salud es violentado, a qué instancia podría recurrirse ya que no existe una ley que ampare este derecho y que correctamente debería llamarse 'derecho del ciudadano'..."¹⁰

En el análisis correspondiente a la protección de la salud el mismo autor comenta "la disposición contenida en el párrafo cuarto del artículo 4º Constitucional tan sólo precisa que una ley definirá la forma de acceder a los servicios de salud, sin que pueda precisarse

¹⁰ Ob. Cit.: pp. 30 y 31.

Cómo este derecho a la protección de la salud, pueda constituir una garantía Constitucional, exigible en forma práctica al Estado cuando no se cumplimenta el propósito constitucional".¹¹

La opinión anterior en nuestro concepto no es exacta ya que el artículo 73, fracción XVI de la Ley Fundamental dispone que el Ejecutivo de la Unión será el responsable de salvaguardar ese derecho y al efecto, el Consejo de Salubridad General, será el órgano encargado de aplicar las políticas a seguir en materia de salubridad general; criterio que no es del todo cierto pues la autoridad encargada de estas funciones es la Secretaria de Salud.

Cabe señalar que el artículo en comentario, en reforma publicada el día 3 de febrero de 1983, se integró al texto constitucional, "todo ser humano, tiene en México ese derecho a la salud, y el Estado —en coordinación el nivel federal con el estatal—, la obligación, conforme a las bases que dan las leyes, de prestar los servicios necesarios para proteger la salud de los habitantes de la República".¹²

Pero si bien es cierto que el numeral alude al derecho que tienen las personas a recibir atención médica, también debemos de considerar las medidas de prevención de las enfermedades y epidemias, por lo que debería ser contemplada la educación en cuanto se refiere al manejo de las mismas, ya sea en áreas citadinas o rurales, en las que aún es difícil el acceso a estas prestaciones.

¹¹ *Ibidem.*: p. 61.

¹² Rabasa, Emilio O. y Gloria Caballero. *Mexicano: ésta es tu Constitución, texto vigente a 1998, con el comentario de cada artículo*. 12ª ed.; Edit. Miguel Angel Porrúa: México. 1998; pp. 48 y 49.

Razón por la cual, en la búsqueda de un ambicioso programa que satisficiera las ideas plasmadas por el Legislador se integro el texto constitucional de la siguiente manera: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución".

De tal suerte que con la adición constitucional del artículo 4º, se reglamenta a rango de garantía individual el derecho a la salud, prerrogativa que tutela el derecho humano a su bienestar biopsicofísico.

En el caso del Estado, la obligación es de otorgar los medios jurídicos, económicos e institucionales, a efecto de cumplir con lo preceptuado en dicha garantía.

1.2 Las Garantías de Protección de la Salud que Otorga el Estado.

Al mencionar con anterioridad que la garantía genérica que otorga el artículo 1º del Pacto Federal, corresponde a cualquier gobernado, siendo éste persona física (menor o mayor de edad, varón o mujer) o persona moral; dando en consecuencia *igualdad* de trato legal a los gobernados que se encuentren bajo la misma situación jurídica, en el caso del derecho a la salud, si bien se encuentra inserto en el catálogo de las garantías de igualdad (como acontece con los artículos 2º, 12 y 13), la esencia de esta prerrogativa corresponde a garantía social, por estar enfocada a la protección de bienes de carácter colectivo.

A mayor abundamiento, podemos apreciar que en nuestra ciudad existe una gran mayoría de personas que carecen de recursos económicos para poder tener acceso a los servicios médicos. Por tal razón, en este apartado de nuestra investigación esta obligación de Estado para ese sector desprotegido de la población.

Para Alonso Olea la *garantía social* y el derecho a la salud se combinan con la *seguridad social* al mencionar que ésta tiene por objeto "normativo el conjunto integrado de medidas de ordenación Estatal, para la prevención y remedio de riesgos sociales de concreción individual económicamente valubles".¹⁴

Para otros doctrinarios la seguridad social viene a ser la parte que se encuentra implícita en el derecho del trabajo, es decir, que se ubica dentro de las normas que contempla el mismo derecho laboral, porque para su explicación requiere de nociones, como salario, incapacidad, trabajador, patrón, etcétera. Pero en el caso de nuestro estudio no es esta apreciación teórica a la que queremos llegar, sino a la acepción de la seguridad social como la base del derecho de recibir la atención médica o el acceso a las instituciones de salud pública.

Por lo anterior coincidimos con la teoría que debería de separarse el derecho de la salud, del catálogo de las garantías individuales y ubicarlo en el contexto del derecho social, específicamente bajo la tutela de las normas en materia de trabajo.

¹⁴ Citado por Carrillo Prieto, Ignacio. Derecho a la Seguridad Social; Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas; México, 1991; p. 11.

Al respecto Ignacio Carrillo Prieto, en cita a Etala, señala lo siguiente: “la seguridad social se integra por un conjunto de actividades que favorecen a la clase trabajadora, que van desde el ahorro individual, el mutualismo, los seguros privado y social, financiados por los impuestos, la beneficencia pública y privada”.¹⁵

Aquí el autor habla alude a los seguros públicos y privados, así como su financiación a través de los impuestos, estas son instituciones creadas para las personas que tienen una fuente de ingresos; también se mencionan los centros de beneficencia pública, es decir, que en esta categoría podrían quedar integrados aquellos lugares de atención a los que tendrían acceso las personas indigentes, entonces hablaríamos de dos sistemas: de las instituciones atención que prestan sus servicios a los asalariados y, otras que brindan sus servicios a las personas más desprotegidas económicamente.

Aún cuando en pleno siglo XIX se le dio mayor importancia a la seguridad social y se acrecentó el desarrollo de los centros sociales de previsión del trabajo, es con el siglo XX cuando se fortifica y se estructura este derecho, haciéndolo extensivo a los familiares de los trabajadores y de las clases desprotegidas.

Mario de la Cueva comenta al respecto “la seguridad social tiene que ser en cambio, un derecho frente a alguien y fundado en la naturaleza de la persona humana; y ese alguien frente a quien se exige el cumplimiento de la obligación no puede ser sino la sociedad. Para que la seguridad social no sea asistencia pública deberá existir una vía jurídica, en beneficio

¹⁵ Ob. Cit.: p. 16.

de cada persona, que obligue a la sociedad, en la persona del Estado, al cumplimiento de las prestaciones. La sistematización de estos mecanismos será tarea de la disciplina que puede denominarse 'derecho de la seguridad social'..."¹⁶

Por su parte Ignacio Carrillo Prieto menciona "el punto de partida de asistencia a los pobres y enfermos, forma esencial cobertura de las necesidades sociales; asistencia directa e individual como deber cristiano; asistencia colectiva mediante la fundación de hospitales, hospicios, enfermerías o dispensarios".¹⁷

Fueron varios los intentos de llevar a la práctica el derecho a la seguridad social, desde el informe Beveridge (Francia, 1936), hasta la Declaración de los Derechos del Hombre en 1948. De aquí en adelante se escribieron varias obras, relativas a la seguridad social, pero haciendo siempre referencia a los trabajadores.

En México, en el año de 1928 se creó el proyecto del Código Federal del Trabajo en el que se contempló y constituyó el régimen del Seguro Social para toda la República, que sería una institución tripartita (Estado, patrones y trabajadores), que brindaría los servicios de asistencia social a los trabajadores y tendría cobertura para:

- ◆ La atención y prevención en la salud y en la enfermedad.
- ◆ La incapacidad laboral.
- ◆ Maternidad, vejez e invalidez.

¹⁶ Síntesis del Derecho del Trabajo. Panorama de Derecho Mexicano, T. I; UNAM; México, 1965; p. 28.

¹⁷ Ob. Cit.; p. 17.

◆ Muerte.

En el artículo 4º constitucional se consagra la garantía individual de igualdad como se comentó, en la que se contienen varias garantías específicas, dándoles esta denominación a las prerrogativas individuales que sobre el bien tutelado *igualdad* presenta, sobre el particular se alude a las siguientes:

- a. Protección jurídica de los grupos étnicos.
- b. Igualdad legal del varón y la mujer.
- c. Protección legal a la familia.
- d. Paternidad responsable y derecho de procreación.
- e. Protección a la salud.
- f. Derecho de la familia a gozar de una vivienda digna y decorosa.
- g. Protección de los derechos del menor.

Estas siete garantías específicas de igualdad salvaguardan particulares bienes jurídicos, de tal suerte que la protección que hace el Estado de cada uno de ellos se concentra en establecer políticas o directrices legales para fijar la manera en que esta entidad Pública debe cumplir con la obligación contraída con los gobernados.

En el caso de las garantías de igualdad, la obligación a cargo del Estado se constituye en dar un mismo trato frente a la norma a los gobernados que se encuentren en la misma situación jurídica que ella plantea.

Ignacio Burgoa en su obra "Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo", define a la igualdad de la siguiente manera "se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidades ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado".¹⁸

Lo que significa que el Estado ha de tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los que no comparten una misma relación jurídica.

La igualdad forma parte de la clasificación de las garantías individuales, y atiende al bien jurídico que tutela cada prerrogativa, de tal suerte que las garantías se ordenan bajo este criterio en:

GARANTÍAS INDIVIDUALES	{	<i>IGUALDAD</i>	{ As. 1º, 2º, 4º, 12 y 13. }
		<i>LIBERTAD</i>	{ As. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 24 y 28. }
		<i>PROPIEDAD</i>	{ A. 27. }
		<i>SEGURIDAD JURÍDICA</i>	{ As. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 21, 22 y 23. }

Como apreciamos, en el contexto general el artículo 4º forma parte de las prerrogativas de igualdad y presenta como elementos de la garantía:

a. Los sujetos: activo, que corresponde al gobernado como beneficiario de la garantía; el

¹⁸ Edit. Porrúa, S.A., México, 1984.

pasivo, como obligado frente al titular de la garantía, es decir, el Estado por conducto de sus autoridades.

b. El objeto de la garantía, que se traduce en la protección, respeto o salvaguarda de los derechos consubstanciales del gobernado.

c. La fuente, o lugar en donde se sustenta o funda la prerrogativa individual, que en este caso es la Constitución.

Si proyectamos estos elementos al derecho a la salud concluimos: que el gobernado, es el titular del derecho a recibir del Estado, en su carácter de obligado, los servicios médicos, con el objeto de salvaguardar su salud y bienestar psicosomático, protegidos por el Pacto Federal.

Pero el derecho a la salud también se puede apreciar como lo soslayamos al principio de este trabajo, como una garantía social (comprendida en el artículo 123 constitucional), ya que va encaminada a la tutela de derechos de grupo o clase social; en el caso de los trabajadores queda comprendida dentro de la categoría de la seguridad social, instituciones como el Instituto Mexicano del Seguro Social, o del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, se encargan de la prestación de los servicios médicos, hospitalarios, entre otros, a favor de la clase trabajadora.

Por último, podemos destacar la participación de la Asistencia Social Pública (y privada), encaminada a beneficiar a las personas de escasos recursos que requieren también de ayuda médica.

Como se colige de todo lo anterior, el derecho a la salud se puede estudiar en diversas categorías y en cada una de ellas sus propósitos coinciden entre sí: la protección médica de la entidad orgánica y psíquica que nos integra como seres humanos.

1.3 La Reglamentación Jurídica de Protección de la Salud.

Como lo hemos venido sosteniendo en ideas anteriores, sobre de la premura de establecer los medios idóneos que permitan a los desamparados tener acceso al ejercicio de los derechos que otorga la prerrogativa individual del derecho a la salud.

Sin embargo, como lo indica Carrillo Prieto, “el punto de partida para satisfacer las necesidades que involucra el derecho a la salud, puede ser la asistencia a los pobres y enfermos desvalidos, forma esencial de cobertura de las necesidades sociales; asistencia directa e individual como un deber moral y ético; asistencia colectiva, mediante la fundación de clínicas, hospitales, hospicios, enfermerías o dispensarios; asistencia privada o semiprivada de carácter religioso y bajo el control de autoridades episcopales; asistencia pública organizada por el Estado”.¹⁹

Estas ideas ya se pregonaban durante el Siglo XVI, Montesquieu escribió: “Algunas limosnas hechas al hombre en la calle, no sustituyen las obligaciones del Estado, que debe

¹⁹ Ob. Cit.; p. 28.

a todos los ciudadanos una subsistencia garantizada, alimentos, vestido conveniente y un género de vida que no contradiga a la salud”, son a criterio de este pensador, obligaciones ineludibles a cargo del Estado. Estos ideales se vieron consolidados a través del derecho al socorro público, contenido en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Es así como nos damos cuenta que en el mundo se ha pensado desde antaño en la necesidad de crear un sistema que salvaguardara los derechos de los desprotegidos en su integridad física y psíquica, consignándola en una garantía constitucional que fuera tutelada por el gobierno; así es como apreciamos plasmado este derecho en la Ley Fundamental mexicana, en sus artículos 4º, 73 fracción XVI, base primera y 123.

Del artículo 4º, párrafo cuarto se genera una ley reglamentaria del mismo: la **Ley General de Salud**, la que en sus primeros cinco artículos contempla las bases del Derecho a la Salud Pública.

A mayor detalle dicha ley, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, en su primer artículo menciona que sus disposiciones son de orden público e interés social y en ella se establecen las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.

Con claridad el artículo 2º, establece los fines de esta ley, los que en síntesis son:

- a. El bienestar físico y mental del hombre, para coadyuvar al ejercicio pleno de sus capacidades.
- b. Prolongar y mejorar la calidad de la vida humana.
- c. Proteger y acrecentar los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social.
- d. El disfrute de servicios de salud y asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.
- e. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

El artículo 3º, de manera enunciativa señala las materias que componen a la salubridad general, haciendo alusión a las instituciones, tipos de atención, programas y sistemas de control (interno y externo) en esta categoría.

El artículo 4º, señala como autoridades sanitarias: al titular del Poder Ejecutivo Federal, el Consejo de Salubridad General; la Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas.

El quinto artículo, alude al Sistema Nacional de Salud, que se constituye "por las dependencias y entidades de la administración pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud, así como los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud".

Como se aprecia de la síntesis de los primeros artículos de la Ley de Salud, el Estado lleva a cuentas una obligación ineludible de proveer y mejorar el bienestar humano en lo atinente a los servicios médicos y hospitalarios, velar porque los servicios médicos lleguen a los rincones más apartados del país y, coadyuvar con las instituciones sociales y privadas encargadas de brindar servicios asistenciales y médicos en la tutela de éste derecho esencial del hombre.

En el contexto de los derechos sociales, sobre la materia objeto de esta investigación, en nuestro país, la *Ley del Seguro Social* se instauró como primera institución protectora. No así los primeros hospitales, pues previa a la entrada en vigor de la Constitución del '17, ya existían instituciones de beneficencia.

Es en el año de 1917, cuando se proclama originariamente un seguro social voluntario; en 1929, fue modificado el texto constitucional considerando de utilidad pública la expedición de una Ley del Seguro Social, misma que posteriormente fue presentando ciertas modificaciones de acuerdo a las necesidades de atención de los trabajadores que dicha institución fue acogiendo.

Es hasta el primero de enero de 1960, cuando se crea una *Ley protectora para los Trabajadores al Servicio del Estado*, en sus diversas jurisdicciones; dando cumplimiento a lo ordenado en el artículo 123 apartado B, de la Constitución.

Sin embargo, el problema del ejercicio pleno del derecho a la salud pública, no ha quedado resuelto con la simple formulación de normas tendientes a establecer los mecanismos en que ésta se ha de hacer valer.

La problemática sigue latente ya que sigue existiendo la imperiosa necesidad de seguir dando atención médica a las personas que carecen de recursos, las que día con día engrosan esta categoría, dados los inconvenientes económicos en los que se encuentra el país, los que también originan la falta de presupuesto en renglones tan importantes para la vida del Estado y la sociedad: la atención de los servicios de salud.

En la actualidad son diversos los organismos públicos en los que el Estado participa activamente (y dentro de sus posibilidades), en el área de asistencia médica y salud pública.

A manera enunciativa podemos hacer referencia de las siguientes:

- a. Secretaría de Salud, organismo que recibe apoyo económico del Estado, así como de las cuotas de recuperación de sus pacientes.
- b. El Instituto Mexicano del Seguro Social, institución de participación tripartita, quien para su sostenimiento recibe las aportaciones del obrero, del patrón y del Estado.
- c. El Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores al Servicio del Estado, institución que se sostiene de las cuotas de los empleados y del propio Estado.
- d. Los Servicios de Salud, del gobierno del Distrito Federal, que se subsidian de pequeñas cuotas de recuperación por parte de los usuarios y con el apoyo total de la entidad federativa.

e. La Cruz Roja, institución que recibe cuotas de recuperación y donativos de la Lotería Nacional.

Ahora bien, todas las instituciones que prestan servicios de salud al usuario en general, estatales o privadas, se encuentran bajo la regulación de la Ley General de Salud.

Por lo que respecta a las actividades de salubridad pública y a las funciones de su personal médico y paramédico, así como al administrativo, también encuentran sustento legal en dicho cuerpo de normas.

En lo relativo a los requisitos profesionales se apoya en la *Ley General de Profesiones* (y su Reglamento) del Distrito Federal (en el caso de esta entidad federativa). Por cuanto a la actividad que desempeñan los servidores público en esta materia, se rige por *la Ley de Responsabilidades* y, tratándose de los hechos o abstenciones que puedan ser constitutivos de delito se rige por el *Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal* y de la Ley General de Salud, como norma especial en lo conducente al catálogo de sanciones que con motivo de la infracción de la misma se pudieran presentar.

Este es de manera global, el soporte normativo del derecho a la salud. En el siguiente Capítulo de nuestra investigación abordaremos las causas que generan responsabilidad profesional médica en el caso de las instituciones hospitalarias dependientes del Sector Salud, que prestan servicios de emergencia.

incu
accid

ETIOLOGÍA MÉDICA GENERADORA DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

CAPÍTULO II

En el Capítulo anterior nos referimos al derecho a la salud como una garantía individual y social tutelada por el Estado; ahora nos corresponde aludir a la responsabilidad por el Estado, de los profesionistas y personal que brindan los servicios médicos de salud pública.

Los sujetos de referencia son, entre otros, directivos, administrativos, personal médico y paramédico, quienes participan en forma activa y directa con el paciente, al brindarle la atención médica.

Con relación al tema objeto de este capítulo y haciendo una breve reseña de la medicina en la antigüedad, podemos señalar que al inicio de la misma, se realizaba en forma empírica, la gente depositaba su confianza en quienes la practicaban, a quienes se les conocía como brujos o chamánes, de acuerdo al lugar geográfico en que se encontraran.

Existían tres clases de médicos: a) los que curaban con plegarias, que eran los más respetados; b) los herbolarios; y, c) los que practicaban operaciones cruentas. Los pagos, por los servicios prestados, se realizaban en especie, así también las sanciones que recibían iban desde el deshonor, el corte de las manos, hasta la muerte.²⁰

²⁰ Horacio Bello. Antonio. Responsabilidad Profesional de los Médicos. Edit. Heliasta. Argentina, 1993; p. 30.

²¹ Gran Diccionario Enciclop

le realice, conjuntamente con el personal auxiliar que está compuesto, generalmente, por médico estudiantes de las diversas especialidades, entre ellas la de urgencias médico quirúrgicas, los médicos internos, los estudiantes de la carrera de medicina y, en menor jerarquía pero no en importancia, la enfermera encargada de la unidad, así como su auxiliar.

Es de suponerse que este sería el personal idóneo que debiera estar adscrito a esa unidad, pero es aquí donde detectamos la primera deficiencia, ya que en los hospitales no se cuenta con el número de personal necesario. El paciente es atendido en la puerta de entrada a dicho servicio, normalmente por el personal de vigilancia o administrativo, mismo que carece de la preparación elemental y la capacidad cognoscitiva suficiente para poder detectar o discernir lo qué es una urgencia médica, sin contar con que la prioridad de su labor es el paciente, el estado de gravedad que guarda; por el contrario, para estas personas lo importante es el papeleo o trámite administrativo, ocasionando la pérdida de valioso tiempo para el individuo que requiere la atención adecuada de inmediato, dándose en algunos casos el agravamiento de los mismos por negligencias administrativas o bien, la muerte por falta de atención de prioridad.

También apreciamos la ineficiencia del personal médico y paramédico del servicio de urgencias, aquí cabe señalar que algunas veces esta falta de responsabilidad no es imputable al personal, ya que existe escasez del mismo por no contar con los recursos económicos y estímulos para su superación profesional. Los salarios tan bajos que perciben los trabajadores de estas instituciones los obligan a tener más de dos empleos, ocasionando por la fatiga, que el desempeño de su labor se vea mermado.

Dentro de las deficiencias que se presentan en el hospital, también está la falta de recursos materiales, como el instrumental médico y equipo necesario para realizar los estudios que coadyuven en la elaboración de diagnósticos certeros y fidedignos que puedan dar las pautas para indicar el tratamiento adecuado a la sintomatología presentada por el paciente.

Es importante mencionar, que dentro del equipo indispensable en la sala de urgencias, existe un mobiliario denominado *carro rojo* que es de suma importancia para los casos de urgencia como los paros cardiorespiratorios, por mencionar alguno de mayor frecuencia. Este equipo debe tener una amplia gama de medicamentos que se utilizan en ese tipo de situaciones y que en raras instituciones se encuentra debidamente abastecido, siendo esto la responsabilidad y supervisión del mismo médico y de la jefe de enfermeras.

Cuando se hace indispensable el uso y manejo de este *carro* y se encuentra incompleto, la pérdida de tiempo en la búsqueda del medicamento necesario puede derivar en la deficiente aplicación de las maniobras de resucitación u originar otro tipo de consecuencias colaterales derivadas de la ausencia de equipo o medicamentos incluidos en esta charola de emergencias, como el daño o muerte cerebral que dejaría al paciente en estado vegetativo.

Con la pérdida de tiempo, las maniobras se retrasan y existe la falta de oxigenación al cerebro del enfermo que como secuela le acarrea la muerte neuronal.

Este podría ser el caso más frecuente en esta área, pero aún así, consideramos que es indispensable mencionar otros casos que allí se dan; quizá como parte del anecdotario que cada uno de los trabajadores de la medicina guardamos en nuestra experiencia, y que

debería hacernos reflexionar que como seres humanos no estamos exentos de sufrir estas situaciones.

Esto nos dará una pequeña muestra de la responsabilidad en que incurre el personal de enfermería, pero podríamos señalar un sinúmero de casos inherentes a todo el personal, con esto no queremos decir que dentro del hospital todo es deficiencia, por el contrario, con el comentario de estos casos nos brindarán la pauta para fijarlos, desde la óptica de las normas en tipos penales en los que se produciría una conducta imputable al personal médico y de asistencia, generadora de delito, así mismo deslindar, cuando fuera el caso, de responsabilidad a dicho personal.

La responsabilidad médica, es una obligación que contrae el profesional de la medicina no sólo en la atención, tratamiento y prevención de las enfermedades, también en la reparación del daño que por falta de cumplimiento cause a los pacientes con sus acciones u omisiones en sus deberes, la falta de ética profesional como prestador de servicios de salud en instituciones públicas o privadas.

El delito esta sujeto a cometerse en cualquier lugar o servicio de las áreas hospitalarias y por las personas que ahí laboren, sin embargo, esto no es fácil de detectar.

Alfonso Quiróz Cuarón, en su obra *Medicina Forense*, hace mención a un cuadro de elementos del delito, del cual sólo haremos referencia, y que a la letra dice: "con respecto a la culpa o elementos subjetivos debe tenerse en cuenta que son delitos en su mayor parte de

omisión, es decir, dejar de hacer aquello que se tiene obligación de realizar: es un delito del que se hace responsable el profesional por:

- ◆ Imprudencia.
- ◆ Negligencia.
- ◆ Impericia.
- ◆ Inobservancia de los reglamentos.
- ◆ Inobservancia de los deberes a su cargo”.²²

De lo anterior podemos confirmar lo que al principio se indicó, por cuanto a las *omisiones de hacer* en el servicio de urgencias, siendo la antesala de la actividad médica y filtro de ingreso a las demás áreas del hospital, las que en función de la naturaleza de la afectación a la salud del paciente requiera de ser enviado para su especializada atención.

Por cuanto a la *imprudencia* del servicio podemos indicar “la imprudencia, puede definirse, como la conducta –positiva-, contraria a lo que el buen sentido aconseja”.²³

He de aclarar al lector que los conceptos aquí vertidos, corresponden a la nomenclatura médica y no a la doctrina jurídica, pues éstos serán abordados en el Capítulo IV de esta investigación.

²² 7ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1993; p. 234.

²³ Horacio Bello, Antonio. Ob. Cit.; p.158.

De aquí que podamos hablar de la imprudencia como todas aquellas actividades que realicen los médicos, como sus auxiliares, con la falta adecuada de conocimientos encaminados al bienestar integral del paciente en su caso. Son las acciones que sin la intención de causar un efecto negativo se llevan a cabo; entre ellas podemos mencionar las siguientes.

1. Levantar actas médicas sin utilidad alguna.
2. Llegar a diagnósticos equivocados por no auxiliarse en exámenes previos.
3. No atender de manera inmediata a un paciente grave.
4. Falta de atención a las reglas y procedimiento aplicables a cada caso, así como el empleo inadecuado de las técnicas a utilizar.

Otro caso que podemos enmarcar como imprudencial y de graves consecuencias, es el que se realiza en maniobras de resucitación, ya que al emplear una inadecuada técnica de masaje cardíaco se llegan a fracturar fácilmente las costillas y, como consecuencia aún más grave, el rompimiento de pleura que también como mala técnica de manejo puede traer la muerte del individuo.

Por lo que respecta a la *negligencia*, ésta se define como la falta de celo, vigilancia y constancia de las actividades que para el caso se requieran. Para Alfonso Quiróz Cuarón “la negligencia es sinónimo de descuido y omisión”.²⁴

²⁴ Ob. Cit.: p. 160.

Continua diciendo “desde el punto de vista del derecho –y como elemento o forma de la culpa-, es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto jurídico o en un hecho humano. Puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión”.²⁵

Uno de los casos más comunes en las urgencias tocoquirúrgicas, también conocidas como urgencias ginecológicas es el que se observa cuando de manera rutinaria para las pacientes en trabajo de parto las que por lo regular se les ordena deambular por la calle para acelerar el trabajo de parto y trae como consecuencia la presencia de partos fortuitos en la vía pública, que en el mejor de los casos sólo nos presenta un cuadro séptico, por no realizarse en el lugar y bajo las condiciones de higiene adecuados; pero en el caso más grave puede generar la caída imprevista del producto y su muerte por traumatismo craneoencefálico. Por lo que se refiere a la madre, también su muerte se puede producir por la presencia de una hemorragia resultante del desprendimiento de la placenta.

Otros casos clínicos que se encuadran bajo la categoría en estudio son:

- a. La firma de autorización para el tratamiento del enfermizo, sin la previa explicación de éste a su familiar del paciente.
- b. Olvido de material quirúrgico y de curación dentro de una cavidad.
- c. Examen deficiente y error de diagnóstico, como consecuencia.
- d. Asepsia no controlada del instrumental.

²⁵ Idem.

Al hablar de falta de conocimientos básicos o los más elementales, sólo podríamos referirnos a la *impericia*, que es otro de los elementos que se tratan en este rubro al respecto Lillian Sholtis Brunner menciona que es la “falta total o parcial de pericia, entendida ésta como la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina.”²⁶

En décadas pasadas, al parecer, los requisitos antes enunciados no eran necesarios para que se realizaran las contrataciones del personal que conformaría las planillas de los nosocomios, de tal suerte que si alguien deseaba conseguir trabajo dentro del sector salud no debía de cubrir los requisitos esenciales que en la actualidad se le exigen a quien desea ingresar a la institución, ocasionándose con ello la falta de responsabilidad que originaría manejar la salud y la vida de las personas.

En este rubro podemos citar los siguientes ejemplos:

- a. Malas o deficientes técnicas quirúrgicas.
- b. Diagnósticos erróneos.
- c. Mala aplicación de los medicamentos.
- d. Información errónea sobre los padecimientos.
- e. Deficiente manejo en el trato de enfermedades infectocontagiosas.

Consideramos que en este rubro, lo más importante es destacar que los empleados que

²⁶ Enfermería Medicoquirúrgica, 2ª ed.; Edit. Interamericana; México, 1992; p. 153.

incurren en conductas de impericia médica, se presentan en el hecho de hacer carreras u oficios son falta de vocación o falta de interés por mantenerse al día con las últimas novedades médicas, o la falta de cursos de capacitación o adiestramiento para el personal, hechos que dan cabida a tantas anomalías en la prestación de sus servicios.

Con la *inobservancia de los reglamentos*, se presenta el problema del personal de cada institución médica, porque aún cuando todas se encuentran (en lo general), sujetas a las disposiciones de la Ley General de Salud, cada establecimiento tiene internamente su propia normatividad y en cada una de sus áreas, su propia reglamentación que se aplica administrativamente a su personal.

Por ejemplo, el personal que labora en las diversas corporaciones hospitalarias deberá de portar un uniforme adecuado a cada servicio, así como cumplir con las medidas de higiene adecuadas.

El personal administrativo descuida e incumple estos reglamentos en su propio perjuicio y en el de sus pacientes, pues al deambular el personal de un área a otra del nosocomio puede generar lo que en términos hospitalarios se conoce como infecciones cruzadas.

El personal encargado del aseo, lavandería y cocina, es quien regularmente presenta esta problemática en el desempeño de sus actividades.

En casos más complejos y delicados, cuando un médico trata a un portador de *SIDA*, por políticas administrativas internas, desconocidas por todo el personal paramédico, la

información se oculta, poniendo con ello en alto riesgo de contagio, no sólo al personal de la institución que maneja directamente y sin cuidado alguno este tipo de pacientes, sino a la demás población del hospital.

En el supuesto de referencia, cuando el paciente presenta las siguientes características:

1. Promiscuidad sexual.
2. Drogadicción.
3. Privación de la libertad en algún centro penitenciario.
4. Presencia de tatuajes en el cuerpo.
5. Sintomatología referente al problema.

Deberá hacerse del conocimiento de todo el personal para un manejo adecuado.

Consideramos vano en este rubro, el señalar más casos, pues consideramos que el antes descrito sería de mayor relevancia, para el lector en general, pues si lo enfocamos al tema de la responsabilidad del personal que labora en las instituciones hospitalarias, en este supuesto resultarían afectados con el contagio, tanto el propio personal como los pacientes, por culpa de las autoridades administrativas, al ocultar información a sus elementos.

También se presentan problemas derivados de la *inobservancia de los deberes a su cargo*, que puede generar afectaciones de grave importancia, como ejemplo de ello presentamos el siguiente:

El médico y el personal de servicio de urgencias deberán de seguir ciertos lineamientos internos en cada institución, pero por lo regular éstos son homogéneos. Al ingresar un paciente al servicio deberá el personal de admisión, al igual que los trabajadores sociales, hacer un registro de los valores personales que porte el individuo, tales como alhajas, dinero, ropa y demás efectos personales, dado el caso de extravío de estas prendas saber en dónde quedaron y a cargo de quién, ya que de no ser así se incurriría en una infracción administrativa interna o responsabilidad administrativa como trabajadores de la institución y, en el delito de robo, en el caso de la materia penal.

Otro caso muy significativo que se presenta en esta categoría, es en el cambio de turno del personal, ya que cuando tiene lugar éste y el que debiera entrar a relevar en funciones no se presenta en el horario previsto, se deja el servicio sólo, sin el personal que atiende a los pacientes que quedan en el cambio de turno, ya sea personal médico o paramédico, aún cuando podríamos decir que no se trata de responsabilidad laboral, ya que el personal saliente cumplió con su jornada de trabajo. Pero sin en el momento que el servicio queda sin personal y se presenta una emergencia médica que pudiera generar el deceso de un paciente, a quién responsabilizamos por esta omisión.

Este es uno de los casos que podemos observar no solo en el servicio de urgencias, sino en todos los servicios de los hospitales.

A continuación presentaremos un caso relacionado con una institución, que por su propia naturaleza es de las especialidades médicas más descuidadas desde el punto de vista de sus servicios médicos y administrativos, debido al tipo de pacientes que albergan en sus

unidades, se trata del hospital *psiquiátrico*. En estos lugares, por la práctica profesional adquirida, pudimos percatarnos de un sinúmero de delitos que ahí se cometen. La violación a sus derechos humanos y a su garantía de seguridad social, se ve patente en la falta de cuidado y atención que se les brinda a este tipo de enfermos, porque al parecer la encomienda moral que se tiene no es la de suministrar cuidados, son la de mantener a los pacientes tranquilos por medio de sedantes.

Los delitos más frecuentes que se observan y que son pasados por alto por las autoridades son las violaciones que indistintamente son perpetradas tanto en pacientes varones como en mujeres. Este ilícito puede ser cometido entre los propios pacientes o por el personal adscrito a la institución.

En el caso del robo este se presenta sobre las pertenencias de los enfermos que ingresan a la institución, también en la sustracción de medicamentos y materiales de consumos y mobiliario del propio hospital.

También se presentan casos de lesiones y homicidio causados por el personal que labora en estos centros contra la integridad física o la vida de los enfermos.²⁷

Es en estas instituciones donde las autoridades sanitarias prestan la mínima atención que requiere el caso, y por tal motivo se presentan con mayor incidencia conductas catalogadas como delitos. Si esto ocurre en centros psiquiátricos que se encuentran en la periferia de las

²⁷ Cfr.: A este respecto puede consultarse la obra de Martínez Murillo, Salvador. *Medicina Legal*, 2ª ed. notablemente corregida y aumentada: Francisco Méndez O. Editor y Distribuidor, México, 1988; pp. 72-79.

ciudades, que se puede esperar de las granjas psiquiátricas o de los centros de atención para problemas de alcoholismo o drogadicción, que normalmente se ubican en áreas distantes a la metrópoli.

2.2 El Mal Manejo Médico en el Tratamiento Quirúrgico.

Cuando nos referimos al tratamiento quirúrgico, pensamos de inmediato en la problemática emocional que esto nos causa, pues de acuerdo a los comentarios escuchados no son nada favorables para ninguna institución, de tal suerte que si fuera por voluntad propia, nadie nos someteríamos a una intervención quirúrgica, por pequeña que esta fuera.

Ahora bien, empecemos por hablar de las normas para la entrada o ingreso a este servicio y del personal que sería idóneo para que tuviera un buen funcionamiento.

Este servicio, al igual que el de urgencias deberá contar con dos médicos, por lo menos adscritos, uno para el servicio de cirugía general y otro en anestesiología, independientemente del especialista requerido al tipo de intervención que se vaya a practicar; una enfermera instrumentista, una general, que realizará las funciones de enfermera circulante y una técnica auxiliar de enfermería en cada sala de operaciones.

En el servicio de recuperación anestésica o postoperatoria, también será necesario contar con el personal debidamente calificado para la adecuada atención del paciente.

Los requisitos para que ingrese el paciente a este servicio, comienzan desde la adecuada valoración por parte del personal adscrito al servicio de urgencias, el que una vez que haya establecido el diagnóstico, lo remitirá al paciente con la debida preparación, tanto física como psicológica para que reciba la atención inmediata a su padecimiento ya sí llevar a efecto la cirugía que al caso corresponda.

La preparación médica, consiste en la valoración previa del cirujano y del anestesiólogo; deberá llevar los resultados del laboratorio, en caso de que tuviera que requerir de alguna transfusión de sangre o de algún otro elemento plasmático o plaquetario. Es aquí en donde comienzan los problemas, ya que si por alguna circunstancia el personal de laboratorio o de rayos X, llega a faltar a sus labores, el paciente ingresará sin estos registros indispensables a la sala de operaciones.

La enfermera instrumentista, al solicitar el material necesario para la cirugía a realizar, tiene la obligación de llevar un conteo exacto del mismo, así como del material de consumo como son: gasas, compresas y material de sutura. Es también responsabilidad del médico tener conocimiento de ese material antes de iniciar la cirugía, se cerciorará de que haya firmado las hojas para la autorización para la misma.

Las antes mencionadas son algunas de las acciones que el personal de cirugía debe llevar a cabo. Para Mary Ellen Leager, en su *Manual* señala las reglas a seguir tanto por la enfermera de admisión como por la circulante y la instrumentista, especificando que al igual que los médicos, tienen como objetivo principal el cuidado y atención de los

enfermos, salvaguardando su integridad y su salud, del paciente. Las reglas que propone la tratadista en enfermería son:

“La enfermera en el área de admisión debe tener conocimiento cabal de las normas de seguridad, identificación adecuada del instrumental y métodos idóneos para su aplicación y, por encima de todo, considerar al paciente como una persona y asistirlo en todo lo que necesite hasta que se le asigne un quirófano específico. En este sitio, el paciente debe sentirse seguro y sin problemas... -y continua diciendo al respecto- ...la enfermera asignada a esta tarea debe asumir el papel de dirigente y ser maestra, orientadora y consejera del personal auxiliar. Esta obligada a cuidar al paciente, a llevar a la práctica las órdenes del cirujano, a tener y usar criterio recto y firme, tener conocimiento cabal de todo el equipo de urgencia (sitio y forma de empleo), a tener experiencia y sagacidad en lo que respecta a maniobras especiales. La enfermera tiene la responsabilidad y la autoridad para hacer que funcione con toda eficacia un quirófano,... -y por lo que respecta a la enfermera quirúrgica comenta: - ...Tendrá la capacidad de conocer, pensar, llevar a la práctica y prever las necesidades del cirujano, cuidar del paciente y estar preparada para resolver cualquier problema que pueda surgir durante la operación”.²⁸

Al iniciar la operación, el primero en maniobrar al paciente es el anesthesiólogo, que previamente debió de revisar el buen funcionamiento del equipo y medicamentos

²⁸ Yeager, Mary Ellen. Técnica en el Quirófano, 2ª ed.; Edit. Interamericana, S.A.; México, 1971; p. 5.

necesarios. Siempre, es de suponerse, que el titular asesorará al residente de la especialidad en la inducción anestésica, pues la cantidad a aplicar será solamente la necesaria para el tiempo de duración de la operación.

Los problemas que se presentan en el quirófano, normalmente son por el empleo de malas técnicas de asepsia, el mal conteo de los materiales a emplear en la cirugía. Es en este rubro cuando la responsabilidad médica se origina por:

- a. Infección de heridas.
- b. Rompimiento de los puntos de sutura.
- c. Infecciones que se presentan porque la gasa se quedó en el interior del cuerpo del paciente.
- d. Obstrucción de sondas y, consecuentemente, tener que extraerlas antes de tiempo.
- e. En las impresiones radiográficas aparecen cuerpos extraños que quedaron alojados en el cuerpo del paciente.

Con estas omisiones inaceptables, se encuadran las categorías de imprudencia, negligencia e impericia, pero cuando estas suceden no llegan al conocimiento del afecto o de su familia, son los secretos que el personal de quirófano guarda con mayor recelo.

Hemos mencionado en este apartado la participación de dos de las especialidades que se conjugan en la sala de intervención quirúrgica, el médico cirujano y el anestesiólogo; pero existen otros especialistas que por su falta de cuidado o preparación, pudieran ocasionar los siguientes problemas:

- a. Ortopedia: amputación de miembros, por infecciones óseas.
- b. Cirugía plástica: malformaciones y cicatrices.
- c. Ginecología: legrados, histerectomías por rompimiento de las paredes uterinas.
- d. Cardiología: trombosis, flebitis y hemorragias.
- e. Neurocirugía: infecciones cerebrales.
- f. Pediatría: quemaduras y malformaciones.
- g. Oncología: radioterapias inadecuadas.
- h. Urología: ligamientos equívocos de conductos.

Existen otras diversas especialidades, pero no es nuestro interés destacar las deficiencias humanas que se presentan en el desempeño de cada una de ellas, pues llegaríamos a la misma conclusión: Mientras el núcleo familiar no sea roto con la muerte de alguno de sus integrantes sujeto a atención médica de urgencia o de cirugía, se podrá exigir la reparación de los daños físicos o morales que le son causados a sus seres queridos por el desconocimiento de las técnicas utilizadas, siempre y cuando exista una legislación adecuada para hacer valer tales prestaciones e inclusive ponerlas en conocimiento de la autoridad judicial, sea esta civil o penal. Mientras no contemos con normas eficaces para estos casos no habrá posibilidad de que intervengan las autoridades competentes.

2.3 La Omisión de Hacer en la Obligación de la Atención Médico Hospitalaria.

Ya nos referimos a los servicios de urgencias y de quirófano, nos corresponde aludir en este rubro al servicio de hospitalización, que tiene igual importancia que los ya estudiados, pues es ahí en donde se lleva acabo la recuperación total del paciente o bien su deceso.

Al hablar de este servicio, abordaremos de manera panorámica la actividad que de manera común o similar se verifica en todos los hospitales públicos; desde su ingreso hasta su salida o alta médica, por cualquiera que sean los medios. Aquí la falla es humana, por la falta de personal, pues en la mayoría de los servicios tiene una capacidad de unas sesenta camas, en promedio, y en la mayoría de las veces están ocupadas en su totalidad y el personal médico y paramédico es insuficiente para brindar atención a todos los pacientes.

En un estudio realizado a mediados de los noventa, pudo constatarse la posibilidad de atención de cada enfermera, de acuerdo al tipo de pacientes y los servicios que a éstos se les administran, el resultado fue de seis pacientes por cada enfermera general y, una auxiliar de enfermería por cada general.

La enfermera general debería dedicarse a proporcionar los cuidados específicos y su auxiliar a atender el trabajo de rutina, pero con la falta de recursos humanos, la división del trabajo en actividades específicas no existe, ya que en ocasiones estas dos personas no sólo atienden a seis pacientes, sino a todos los que en ese momento estén bajo su cuidado en ese piso.

En conclusión, el trabajo se realiza de manera incompleta e inadecuada ya que tienen lugar actividades de mayor importancia y cuidado que no son atendidas debidamente y con el cuidado que para el caso se requieren. Este descuido no sólo trae secuelas en el quebrantamiento de la salud del paciente sino que también puede desencadenar su muerte.

Señalamos que en hospital se lleva a cabo trabajo de rutina, como es el caso de la alimentación, medicación, limpieza de habitación, de ropa de cama y del enfermo, las que se realizan en horarios específicos. Estas actividades se ven alteradas en perjuicio del enfermo cuando se presenta el cambio de turno y no hay personal, o bien cuando el medicamento prescrito por el médico no se tiene en el hospital.

Un caso delicado de estos ritmos de trabajo es el que tiene lugar en el servicio de neonatología, por ser uno de los más singulares; aquí el horario de alimentación de los pacientes prematuros es de cada tres horas, pero se ve interrumpido en los cambios de turno, entre las 15:00, las 21:00 y las 8:00 horas, respectivamente, la descompensación en los horarios y la ausencia o exceso del alimento ocasiona en los infantes alteraciones gástricas que van desde la simple diarrea hasta un grave cuadro enteral que puede causar un desequilibrio hidroelectrolítico, una regurgitación alimentaria que causaría la muerte por broncoaspiración o un problema a nivel pulmonar, que también genera la muerte.

Como es de apreciarse, la omisión de conductas, normalmente se ocasiona por la falta de personal y, el que hay actúa de manera irresponsable en su labor, con la consecuente afectación de la salud del paciente, situación que por desconocimiento de éste último queda impune al no ponerla en conocimiento de sus familiares y éstos a su vez, de las autoridades administrativas de hospital e inclusive de las del orden judicial, cuando de ellas se requiere su intervención.

2.4 El Manejo Inadecuado de los Medicamentos del Cuadro Básico del Sector Salud.

Otra de las causas generadoras de responsabilidad profesional médica, se presenta en los casos de la prescripción y suministro de los medicamentos que requiere el paciente para su recuperación.

Por principio de orden es cuestionable la política de las autoridades del Sector Salud, al establecer un cuadro básico de medicamentos, limitando con ello la posibilidad de que el facultativo pueda prescribir otro tipo de medicinas. Esta situación se presenta por la insuficiencia de recursos destinados a la compra de medicina de patente, por lo que al médico adscrito a una clínica u hospital de seguridad social, se le limita al fijarle ciertos parámetros sobre los medicamentos a prescribir evitando en lo posible aquellos que representan un alto costo para la institución.

Independientemente de la calidad del medicamento, el facultativo por inexperiencia o falta de atención en su labor, puede recetar al paciente medicamentos que le podrían causar consecuencias adversas, como sería el caso de prescribir penicilina o alguno de sus derivados a un paciente que presenta alergia a este medicamento.

Si el doctor no prevé estas contingencias que son previsibles es responsable de las consecuencias derivadas de su error y no se debería de eximir por sus torpezas, pues la atención que este servidor de la medicina presta no va encaminada a componer objetos, sino a procurar el alivio y bienestar de la persona.

También resulta objeto de responsabilidad la conducta desplegada por el personal de enfermería o de quienes corresponde el suministro de los medicamentos.

Ya mencionamos que ésta actividad de rutina tiene lugar en determinados horarios cuando se realiza en el hospital y el paciente se encuentra internado en él. Hemos observado en la práctica profesional no sólo la omisión en el suministro del medicamento, o bien que éste se suministre después del horario prescrito por el médico. Suele suceder que haya error en tipo de medicamento a emplear, es decir cambiar una medicina por otra, o que siendo la correcta se aplique o suministre de manera equívoca o con impericia.

En estos casos la responsabilidad puede ser desde el punto de vista penal, generadora de lesiones u homicidio imprudenciales, con motivo del suministro de medicamento al paciente.

Estas son a grosso modo algunas de las conductas que pueden ser constitutivas de delito y que a efecto de ilustrar el desarrollo de esta investigación hemos descrito en este apartado de la misma, el objetivo de su inserción no es sólo el de magnificar el problema, sino el de hacer conciencia en el lector y la sociedad, de la necesidad de contar con una verdadera institución de servicios médicos que auténticamente cumpla con el cometido del Estado, de brindar los servicios de salud al gobernado, a través de un personal con vocación de servicio suficiente para satisfacer las necesidades de asistencia médica a la población en general.

CAPÍTULO III

PROBLEMAS DE ATIPICIDAD QUE PRESENTA LA LEY PENAL Y LA LEY GENERAL DE SALUD

En los Capítulos que anteceden hemos explicado generalidades sobre los derechos humanos, su relación con las garantías individuales de los gobernados y, en particular, detallamos el contenido del artículo 4º del Pacto federal en lo relativo al Derecho a la Salud, como garantía de igualdad a favor de su titular, cualquier gobernado, de exigir del obligado, el Estado y sus órganos, la satisfacción de este derecho a través de los servicios de atención médica y hospitalaria, cuando así lo requiera.

También comentamos que este derecho puede presentarse a favor del sujeto titular de la garantía como una seguridad social, cuando las autoridades en materia de salud pública y los empresarios, industriales o patrones, dan aportaciones para generar instituciones y organismos encargados de la atención médica, como a favor de sus afiliados (trabajadores), como es el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social.

En el ámbito nacional la protección de la salud pública se encuentra presente en las campañas de vacunación, cirugía extramuros y actividades de combate a las adicciones como el caso del tabaco y el alcohol.

Es indiscutible que la participación del Estado en esta área prioritaria representa un auténtico reto para las autoridades, sin embargo, consideramos que los recursos destinados a esta actividad son limitados y, en consecuencia, es imposible que se pueda dar

cumplimiento a todas las políticas fijadas para el Estado y órganos encargados de brindar los servicios de salud, a la población.

También hemos comentado en esta investigación que en el caso del personal encargado de dar atención médica en el sector público, por descuido, apatía, impericia o error, llega a incurrir en conductas que pudieran ser generadoras de ilícitos, como el caso de la responsabilidad profesional.

Describimos en el Capítulo II, casos que de acuerdo a nuestra experiencia son representativos de actos u omisiones que afectan a las personas involucradas en la atención médica, particularmente la que se brinda en los hospitales que dependen del sector público.

De estas vivencias (que se presentan día con día), nos percatamos que la mayoría de esas conductas quedan en la impunidad, a veces por el encubrimiento del mismo personal, por ignorancia del afectado o por la indiferencia de las autoridades encargadas de procurar y administrar la justicia.

Sí, el Ministerio Público y el Órgano Jurisdiccional, dependiendo de la etapa del Procedimiento Penal de que se trate, dejan inconclusa su actividad por no contar con los elementos necesarios para que la justicia prevalezca. Errores y horrores técnico jurídicos en ocasiones, son los causantes de que no se integre la averiguación previa o se pueda llegar a una sentencia de condena.

Consideramos que las normas en materia penal relacionadas a la responsabilidad médica son insuficientes pues se omiten conductas que en nuestro concepto debería de estar consideradas como ilícitos penales. Pero, el problema estriba en que mientras no exista “una norma exactamente aplicable al delito de que se trate”, como lo exige el artículo 14, párrafo 3º, de la Constitución, tal conducta no podrá ser considerada como delito.

En las líneas que siguen abordaremos aspectos doctrinarios relacionados con el delito, el tipo y la atipicidad, así como la ausencia de tipo, con el propósito de establecer los elementos que nos permitirán llegar a la propuesta que presentamos en el último apartado de esta investigación, la creación de un tipo penal relacionado con el delito de responsabilidad profesional médica originada por el personal encargado de la atención hospitalaria en el sector salud.

Al hacer referencia del contenido del artículo 14, párrafo 3º de la Constitución, nos vemos obligados a comentar brevemente sobre el particular, y se trata de una garantía individual de seguridad jurídica, la que se entiende como el conjunto de requisitos, condiciones, elementos, o circunstancias que le son exigidas a la autoridad para emitir sus actos sin que con ello constituya una violación a las garantías individuales del gobernado; es decir, el acto de autoridad será apegado a derecho y, consecuentemente constitucional.²⁹

La seguridad jurídica a que alude el párrafo cuarto del artículo 14, corresponde a la exacta aplicación de la ley en materia penal. Lo que significa, como se comentó, que no se le

²⁹ Cfr.: Burgoa, Ignacio. Diccionario de...; Ob. Cit.

podrá dar el carácter de delito a ninguna conducta que no esté así descrita en la ley penal. Es decir, si el acto u omisión no se encuentra comprendido en la descripción de una norma penal no puede ser considerado como delito.

También la doctrina le da el carácter de garantía de legalidad, y obliga a los órganos del Estado a hacer lo que la ley estrictamente les faculte. La legalidad implica observar y cumplir la autoridad con lo previsto en la Ley Fundamental como en las leyes secundarias.

Así para gozar de un estado de derecho, se requiere de normas que regulen la vida de la sociedad y de sus órganos del Estado, sean estos federales, de las entidades federativas o municipales.

En el caso del Derecho Penal, Rafael Márquez Piñero comenta que esta disciplina tiene como propósito la salvaguarda de bienes jurídicos muy preciados para el hombre como la libertad, la dignidad, el honor, la integridad física, el patrimonio, e incluso la propia vida.³⁰

Fernando Villalobos considera que las disposiciones del Derecho Penal tienden “a mantener el orden político-social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro”.³¹

³⁰ Cfr.: Derecho Penal, parte general; Edit. Trillas; México, 1986; p. 11.

³¹ Derecho Penal Mexicano, parte general, 5ª ed.; Edit. Porrúa. S.A.; México, 1990; p. 15.

Por su parte Eugenio Raúl Zaffaroni establece que el Derecho Penal “es el conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos y que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama ‘delito’, y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del autor”.³²

Como se aprecia de la lectura de las definiciones que aporta la doctrina, existe coincidencia al indicar que el Derecho Penal se compone por un conjunto de normas que salvaguarda bienes tutelados, estableciendo los delitos y las penas o medidas de seguridad a que puede hacerse acreedora la persona que afecte de alguna manera a dichos valores protegidos por la ley.

Aquí cabe destacar que el factor fundamental para ser considerada una conducta como delito requiere de que esta se encuentre regulada por una norma. Si tal acto u omisión no se encuentra comprendida por la norma penal, no se le puede dar la categoría de delito.

Otros autores como Edmundo Mezger, coinciden en señalar que se trata de “un conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido”.³³

³² Manual de Derecho Penal, parte general, primera edición mexicana; Cárdenas, Editor y Distribuidor; México, 1986, p. 42.

³³ Derecho Penal, parte general, libro de estudio; traducida del alemán por Ricardo C. Núñez; Cárdenas, Editor y Distribuidor; México, 1985; p. 27.

Eduardo López Betancourt comenta que el Derecho Penal forma parte del “Derecho Positivo Mexicano; es Derecho vigente. Es de carácter público, porque las sanciones impuestas por el Estado, son en razón de un interés público; el delito crea una relación jurídica entre el sujeto activo del delito y el Estado, en cuanto aquella facultad exclusiva del Estado de determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad”.³⁴

De nueva cuenta apreciamos que la doctrina al definir al derecho penal alude a la pena como consecuencia del delito y éste lo ubica dentro de un catálogo de normas. El común de nominador de todas las definiciones es que el delito debe estar previsto en una ley, para poder ser sancionado como tal.

A manera de síntesis reproducimos a continuación la idea que sobre el tópico en estudio nos da Fernando Castellanos: “el Derecho Penal es la rama del Derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y conservación del orden social”.³⁵

Si bien el Derecho, en general, tiene como propósito conservar el orden y armonía social, en el caso del derecho penal sus *objetivos* son muy específicos. Zaffaroni comenta que el Derecho penal tiene una función social de prevención y represión. Es decir tiene como objeto la seguridad jurídica, entendida como la salvaguarda de bienes o valores ético-sociales; la pena se dirige para los que no han delinquido (prevención general) y para los

³⁴ Introducción al derecho Penal. 4ª ed. corregida y aumentada; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1996; pp. 53 y 54.

³⁵ Lineamientos Elementales de derecho Penal. parte general. 37ª ed. actualizada; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1997; p. 19.

que ya lo han hecho (prevención especial), la pena, tiene contenido retributivo y resocializador.³⁶

Con mayor detalle Eduardo López Betancourt establece: “la ley penal como única expresión del Derecho Penal tiene una misión muy importante que cumplir, la de permitir la grata convivencia social... Con la ley penal se garantiza plenamente al individuo, que supuestamente haya cometido un delito, la demostración previa –antes de sancionarlo- de su plena responsabilidad. Es, de esta manera como se considera a la ley penal poseedora de una garantía individual de primer orden, al exigir, para imponer sanciones, el que se tenga probada su *responsabilidad*”.³⁷

De lo anterior podemos concluir que la conducta que sea desplegada por una persona a través de una acción u omisión, para poder ser considerada como delito debe de estar previamente establecida en la ley.

Este comentario nos lleva a determinar que de acuerdo al artículo 14, párrafo 3° de la Constitución, la ley es *fuentes* única del Derecho Penal.

Para Rafael Márquez Piñero fuente, jurídicamente es el origen del derecho, en el caso del derecho penal son los modos y formas de manifestación de las normas que en su conjunto lo componen.³⁸

³⁶ Cfr.: Ob. Cit.: p.49.

³⁷ Ob. Cit.: pp. 66 y 67.

³⁸ Cfr.: Ob. Cit.: p. 82.

De tal suerte que sólo la ley es fuente del Derecho Penal. Aquí se aplica el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, no hay delito si no existe una ley aplicable.

Igual opinión presenta Zaffaroni al decir que “la ley penal es la única fuente de conocimiento... La doctrina y la costumbre no son fuentes de conocimiento de la legislación penal”³⁹

Luego entonces, el Derecho Penal encuentra en la ley su única forma de expresión y de manifestación “la ley es la exclusiva fuente generadora del Derecho Penal, por ello atinadamente Jiménez de Azúa sostiene que la Ley Penal ‘en su sentido formal y más solemne, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales, en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones’...”⁴⁰

En conclusión, nadie puede ser castigado sino por hechos definido en la ley como delitos, ni con penas que no hayan sido establecidas legalmente. Un hecho será punible cuando encuadre en alguno de los tipos de delito definidos en la ley penal (tipicidad), y tampoco será castigado con pena distinta de la prevista en la ley, sin que la sanción pueda exceder de la exacta medida fijada por ésta.

El juicio que antecede nos obliga a definir algunos conceptos que serán importantes para el desarrollo de la presente investigación, tales términos son: delito, sus elementos positivos y negativos; tipo, atipo; tipicidad y, atipicidad.

³⁹ Ob. Cit.: pp. 83 y 82.

⁴⁰ Cit. por López Betancourt, Eduardo. Ob. Cit.: p. 62.

El propósito de definir estos conceptos es el de presentar al lector una semblanza de los mismos sin abundar sobre su contenido, pues nuestra intención no es la de elaborar un estudio dogmático o jurídico del delito, sino el de presentar las bases para poder formular en su momento la propuesta de creación de un *tipo penal que aluda a la responsabilidad médica del personal que actúa en las áreas hospitalarias del sector público.*

El *delito* de acuerdo al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal (en adelante C.P.)^{*}, en el artículo 7º, establece que el delito es “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.

De esta descripción apreciamos que el C.P. siguiendo las directrices del Pacto Federal establece como fundamento y soporte de una conducta, que ésta sea catalogada como delito por la ley.

Rafael Márquez Piñero como otros doctrinarios, considera que son varias las nociones sobre el concepto delito y que cada autor da su opinión muy propia sobre el particular. Los criterios varían de acuerdo al pensamiento jurídico de cada país en un tiempo y para una sociedad determinada.⁴¹

* N.B. con la reforma al artículo 1º del C.P., dicho cuerpo de normas será aplicable a la materia Federal, exclusivamente. Sin embargo y aún cuando esta disposición se publicó el día 18 de mayo de 1999, en el Diario Oficial, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, a la fecha de esta acotación no se ha formulado por el legislativo del Distrito Federal, un Código Penal de esta Entidad, por lo que las disposiciones del federal se siguen aplicando hasta en tanto no haya disposición en contrario. Aprovechamos esta nota para informar que las reformas en materia penal no afectaron el articulado relacionado con esta investigación.

⁴¹ Cfr.: Ob. Cit.: pp. 131 y 132.

Ignacio Villalobos comenta que la “primera noción vulgar del delito es la que se refiere a un acto sancionado por la ley con una pena –como lo describe el C.P. y citando a Beling comenta- ‘es una acción típica, contraria a derecho, culpable, sancionada con pena adecuada’...”⁴²

Fernando Castellanos comenta que en atención al número de elementos que los tratadistas incluyan a la definición del delito ésta podrá ser sujeta de apreciaciones diversas. Comenta que el delito de conformidad a esos elementos se constituye por una conducta, típica, antijurídica, imputable y culpable.⁴³

Para efectos de nuestro estudio, consideramos que el delito para ser considerado como tal parte de un presupuesto esencial: que se encuentre previsto en una ley. Y por cuanto a su definición, pensamos que elaborar una implica el estudio detallado del delito de la teoría que lo puede explicar y del número de elementos con los que pudiera estar compuesto. Compartimos en esta tesis la opinión de Fernando Castellanos al considerar que la definición de delito está en función del número de elementos que se integren a la misma.

Con relación a los *elementos del delito* Eduardo López Betancourt en su obra *Teoría del Delito* coincide en su estudio con la aportación de Fernando Castellanos al incluir el análisis de los elementos positivos y negativos del delito. En el primer caso se refiere a los componentes del delito y, cuando se abordan los factores negativos se refieren a los casos en que por ausencia de alguno de estos ingredientes no se integra el delito.

⁴² Ob. Cit.: pp. 201 y 210.

⁴³ Cfr.: Ob. Cit.: pp. 128-131.

Estos son los siguientes:

POSITIVOS	NEGATIVOS
a. conducta	a. ausencia de conducta
b. tipicidad	b. ausencia de tipo o atipicidad
c. antijuridicidad	c. causas de justificación
d. imputabilidad	d. inimputabilidad
e. culpabilidad	e. inculpabilidad
f. condicionalidad objetiva	f. falta de condiciones objetivas
g. punibilidad	g. excusas absolutorias ⁴⁴

De manera global abordamos a continuación cada uno de los elementos antes referidos, expresando sus características más importantes de acuerdo con la doctrina.

a. *Conducta*.- bajo esta denominación se ubica al comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

Esa manifestación de voluntad se traduce en un acto o en una omisión como lo expresa el artículo 7º del C.P., en el caso de los delitos de responsabilidad profesional médica comentamos que éstos se pueden presentar en cualquiera de los supuestos descritos, pero que comúnmente se destaca el caso de la omisión.

⁴⁴ Cfr.: López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. 4ª ed.: Edit. Porrúa, S.A.: México, 1997: p. 65. Y, Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit.: p. 134.

Fernando Castellanos alude también a los *delitos de olvido*, los que sólo se integran si el autor no procuró, por falta de cuidado o diligencia, recordar la acción debida; por ello a tales delitos se les considera siempre como culposos.⁴⁵

En esta categoría quedarían integradas también las conductas objeto de esta investigación.

El caso de *ausencia de conducta*, se presenta según comentario de Eduardo López Betancourt, en los supuestos *fuerza física exterior irresistible*, es decir la violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute irremediamente lo que no ha querido ejecutar.

Otro supuesto es el de *fuerza mayor*, en la cual el sujeto se ve coaccionado por una fuerza física e irresistible, proveniente de la naturaleza, a efectuar una conducta.

También se mencionan otros casos en los que no está presente la voluntad de sujeto como es el caso de los movimientos reflejos, el sonambulismo y el sueño.⁴⁶

b. *Tipicidad*.- es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.⁴⁷

⁴⁵ Cfr.: Ob. Cit.: p. 154.

⁴⁶ Cfr.: Ob. Cit.: pp. 96 y 98.

⁴⁷ Cfr.: Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit.: p. 166.

Rafael Márquez Piñero al citar a Porte Petit, establece que la tipicidad “consistirá en la adecuación o conformidad de lo prescrito por el tipo”.⁴⁸

La idea que precisa el autor en cita nos lleva a definir también lo qué es el *tipo* penal, el cual Fernando Castellanos explica como “la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales”.⁴⁹

En términos similares Claus Roxin expresa “el tipo tiene la función de describir en forma objetiva la ejecución de una acción prohibida. Sólo mediante esta función se da cumplimiento a la exigencia del principio *nulla poena sine lege*”.⁵⁰

La diferencia entre tipo y tipicidad, así se aclara: el primero, es la descripción que hace el legislador de las conductas que son consideradas como delitos; y, en el segundo caso es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

La *ausencia de tipo y de tipicidad*. La primera, conocida también como *atipo*, se presenta cuando el órgano del Poder Legislativo, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que de acuerdo al sentir de la sociedad debería de estar incluida en las leyes penales como delito.

⁴⁸ El Tipo Penal, algunas consideraciones en torno al mismo; UNAM; México, 1986; p. 164.

⁴⁹ Ob. Cit.: p. 165.

⁵⁰ Teoría del Tipo Penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico, traducida del alemán por Enrique Bacigalupo; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1979; p. 170.

En el caso de la atipicidad hay tipo, pero no se amolda a él la conducta realizada por el sujeto. En el atipo no hay delito por carecer de descripción legal, en tanto que en la ausencia de tipicidad la conducta puede ser atípica de cierta descripción legal, pero puede encuadrar en otro tipo.

A este respecto resulta interesante mencionar que el tipo penal contiene en su *estudio jurídico* ciertos elementos que están integrados en todas las descripciones que aluden a un delito, como el elemento material, los sujetos activo y pasivo, el bien jurídico tutelado, el nexo causal entre la conducta y el resultado, el objeto material y el resultado. Pero también en otros se exige cierta calidad o número en los sujetos; condiciones de tiempo, lugar o de ocasión; medios comisivos; elementos subjetivos y/o normativos.⁵¹

c. La *antijuridicidad* - el concepto se entiende como “lo contrario a derecho”, sin embargo, para la materia penal hay correspondencia entre la conducta y lo que marca la ley. Ignacio Villalobos menciona que la antijuridicidad es “la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el solo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales”.⁵²

La antijuridicidad es la afectación del bien jurídico protegido por la norma y, como consecuencia de ello se infringe ésta.

⁵¹ N.B. El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el distrito Federal (C.P.P.), al referirse a la comprobación de los elementos del tipo alude en los mismos términos a la referencia que de ellos hace la doctrina.

⁵² Ob. Cit.: p. 258.

Las *causas de justificación*, se presentan bajo dos circunstancias específicas: 1) cuando no existe el interés, que se trata de proteger; y, 2) cuando concurren dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos, y el Derecho opta por la conservación del más valioso.

Como causas de justificación la doctrina menciona las siguientes: legítima defensa, estado de necesidad (si el bien salvado es de mayor valía que el sacrificado), cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer), y el impedimento legítimo.⁵³

De los supuestos mencionados se destacan, por la relación directa que guardan con el tema en estudio: 1) el caso del *ejercicio de un derecho*, previsto en el artículo 15, fracción VI del C.P., que señala como causas de exclusión del delito: “La acción u omisión se realicen en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista la necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro”.

Esta causa de justificación protege a los médicos y cirujanos, en el ejercicio de su profesión, de las lesiones quirúrgicas que pudieran ocasionar a algún tercero. “La ley autoriza el ejercicio de la cirugía y la medicina, pero no con el fin de causar alteraciones a la salud, como consecuencia de la aplicación de medicamentos y las lesiones de la cirugía,

⁵³ Hay coincidencia con la teoría sobre la materia, al incluir los casos descritos, por lo que en obvio de repeticiones remitimos al lector a las fuentes de consulta utilizadas en este Capítulo y que aparecen, para pronta referencia en la bibliografía de este trabajo de investigación.

sino como un derecho para ejercitar éstos para los fines y procedimientos que aconsejan las ciencias médicas".⁵⁴

También resulta de interés para este estudio destacar otras opiniones sobre el tema, como la que considera para la práctica de las lesiones médicas poder admitir a los titulados, los cuales están obligados a comprobar sus estudios y a los no titulados, siempre y cuando sigan los procedimientos científicos para los fines lícitos que la ley reconoce.

2) El cirujano "puede encontrarse en un estado de necesidad, por falta de recursos, teniéndose que apartar de los procedimientos científicos, o puede ocurrir también cuando una persona, que no cuenta con los estudios necesarios se ve obligada a intervenir en operaciones quirúrgicas por apremiante necesidad. Estos casos no son justificables por el ejercicio de la cirugía, sino por el *estado de necesidad*".⁵⁵

3) El *error* del médico en el ejercicio de su profesión, ya sea en el diagnóstico o en la intervención quirúrgica, no puede considerarse como delito, sino cuando este error proviene de la imprudencia del médico.

De acuerdo a los comentarios aportados por la doctrina y la legislación consideramos que son de utilidad las causas de justificación, siempre y cuando no se abuse en su utilización, es decir, que en el caso del personal médico y enfermeras adscritos a los hospitales del sector público escuden su ignorancia, impericia o descuido causando afectación a la salud

⁵⁴ López Betancourt, Eduardo. Teoría del...; Ob. Cit.; p. 147.

⁵⁵ *Ibidem*; p. 148. Véase también el artículo 15, fracción V, del C.P.

del paciente en alguno de los supuestos que lo eximen del delito. A mayor abundamiento, el artículo 16 del C.P. afortunadamente establece: “Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V y VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo”.

d. La *imputabilidad*.- “es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en derecho penal, o sea la capacidad para realizar actos referidos al derecho penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción”.⁵⁶ O como lo menciona Fernando Castellanos “es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal”.⁵⁷

La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para *responder del mismo*. Este elemento del delito presenta dos peculiaridades: el aspecto biofísico, representado por la edad y, el psíquico que corresponde a la salud mental del individuo.

Del párrafo inmediato anterior, observamos que la responsabilidad se traduce en el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable, de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. La responsabilidad penal es consecuencia de la comisión de un delito y no un elemento de éste, se trata –como veremos en el Capítulo siguiente-, de una relación entre

⁵⁶ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal...: Ob. Cit.: p. 233.

⁵⁷ Ob. Cit.: p. 218.

el sujeto y el Estado, según la cual éste determina que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias jurídicas establecidas en la norma y que le son aplicables a su conducta.

La *inimputabilidad* nos dice Ignacio Villalobos, es la que suprime en el juicio, la conciencia “jurídica o la capacidad de conocer y discernir la naturaleza de sus actos, en todo aquello que los hace ilícitos”.⁵⁸

Se consideran como causas de inimputabilidad, los estados de inconsciencia, permanentes o transitorios; el miedo grave; y, la sordomudez.

Culpabilidad.- para el autor en estudio, consiste en el “desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tiende a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por la indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa”.⁵⁹

Fernando Castellanos la define como “el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”.⁶⁰

⁵⁸ Ob. Cit.; p. 411.

⁵⁹ Ob. Cit.; pp. 281 y 282.

⁶⁰ Ob. Cit.; p. 232.

La culpabilidad se presenta a través del dolo o de la culpa, en el primer caso el sujeto tiene la intención de realizar la conducta, es decir, la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho delictuoso. En la culpa, el sujeto el sujeto actúa de manera voluntaria, pero sin la cautela o precaución exigida por el Estado, obteniendo un resultado (no deseado) que pudo ser previsible y evitable.

La doctrina alude también a la intención del sujeto para obtener un resultado típico, en el caso de los delitos de dolo.

La culpa es considerada como imprudencia del sujeto activo al momento de realizar una determinada conducta, ocasionando un resultado típico no deseado. En el caso de estos delitos, la sanción es inferior en comparación que la que se aplica a los delitos dolosos.

La *inculpabilidad* se presenta cuando se encuentran ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Ignacio Villalobos menciona como casos de inculpabilidad al error, coacción sobre la voluntad y el caso fortuito.⁶¹

A propósito del error y la ignorancia Fernando Castellanos señala "tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela la falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que el mismo se propone realizar. Mientras que en el error se

⁶¹ Cfr.: Ob. Cit.: p. 423.

tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce pero se conoce mal; la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, porque nada se conoce, ni errónea ni certeramente”.⁶²

Hacemos la cita anterior para distinguir lo que nosotros hemos denominado ignorancia del personal médico y de enfermería que intervine en los hospitales, en los casos del desconocimiento de los procedimientos médicos y quirúrgicos, que se supone deben manejar a la perfección, por su preparación profesional, aquí no cabe el olvido o la falta de conocimiento, pues está en riesgo o peligro la salud e inclusive la vida del paciente. Caso diferente se presenta en la ignorancia como causa de inculpabilidad en la que el sujeto no tiene preparación alguna y por una causa de urgencia extrema decide realizar actos que considera están apegados a derecho.

f. *Condiciones objetivas de punibilidad.*- para Ernesto Beling son “ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen el carácter de culpabilidad”.⁶³

La doctrina también destaca que éstas no son elementos que constituyen al delito, sino que se trata de requisitos que la ley marca para poder darle seguimiento al mismo.

⁶² Ob. Cit.; p. 255.

⁶³ Cit. por López Betancourt, Eduardo. Teoría del...: Ob. Cit.; p. 237.

La *ausencia de condiciones objetivas de punibilidad*, detiene los efectos que se derivan de la comisión del delito, éste existe pero no puede conformarse por faltar algún elemento consecuente del delito.

El delito se ha integrado pero la pretensión punitiva del Estado no puede ejercitarse por faltar la condición necesaria que le permita actuar.

g. La *punibilidad*. - “es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o razón de la comisión de un delito”.⁶⁴

Autores como Ignacio Villalobos consideran a la punibilidad como consecuencia del delito. Argumenta que el merecimiento de la sanción corresponde al resultado directo del juicio de reproche en el que al sujeto se le aplican las consecuencias jurídicas previstas en la norma.⁶⁵

La *ausencia de punibilidad* se presenta como consecuencia de las excusas absolutorias, que son las causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.⁶⁶

El Estado como titular de la pretensión punitiva, resuelve no sancionar determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo a una prudente política criminal.

⁶⁴ López Betancourt, Eduardo. Teoría del...; Ob. Cit.; p. 253.

⁶⁵ Cfr.: Ob. Cit.; p.485.

⁶⁶ Cfr.; Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit.; p. 271.

Para finalizar con este marco conceptual podemos mencionar que la pena al ser aplicada por el Estado se convierte en una sanción pública, porque el Poder Judicial, a través de una serie de actos que constituyen el proceso, la aplica a quien se haya encontrado responsable de un delito.⁶⁷

Para Ignacio Villalobos la pena es “el castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden público”.⁶⁸

La pena si tuviera como propósito sólo el de castigar, se equipararía a la venganza por parte de quien la impone. La pena tiene una finalidad mayor, pretende evitar la comisión de delitos, se busca mediante su justa aplicación obtener una grata convivencia social.⁶⁹

La pena no sólo es un medio de retribución sino también un medio de prevención del delito y a través de ella se conmina a la población para que no cometa delitos. Esto en teoría se entiende con claridad, sin embargo los medios de comunicación masiva día con día demuestran lo contrario, al individuo no le importa el castigo.

Serafín Ortiz Ortiz describe en su obra “Los Fines de la Pena”, que la prevención y la retribución son los paradigmas de la pena y que debería de buscarse ante todo, como en el caso de la pena de prisión, la readaptación social del delincuente.⁷⁰

⁶⁷ Cfr.: Ojeda Velázquez, Jorge. Derecho Punitivo, teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito; Edit. Trillas; México, 1993; p. 69.

⁶⁸ Ob. Cit.; p. 522.

⁶⁹ Cfr.: López Betancourt, Eduardo. Introducción al...; Ob. Cit.; p.237.

⁷⁰ Cfr.: Edit. Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República; México, 1993; p.214.

En síntesis a lo comentado en este Capítulo, podemos apreciar que al hablar del delito se exigen una serie de elementos que lo deben constituir sustantiva y adjetivamente y, que la conducta para ser catalogada en el listado de los ilícitos penales tiene que estar comprendida en el texto de una norma.

Si la ley tiene como propósito garantizar al gobernado su convivencia social y, en el caso del Derecho Penal se trata de la protección de los bienes salvaguardados por la norma, la sociedad reclama que ninguna conducta quede impune, ni mucho menos se proteja al amparo de alguna causa de exclusión del delito. Como apreciamos en la semblanza de los elementos del delito, la responsabilidad profesional médica como conducta delictiva puede presentarse, pero también su autor encuentra medios para no responder al Estado de su actuar antijurídico o culpable, por así establecerlo la propia ley.

A continuación abordaremos la legislación que de alguna manera se relaciona con el tema de la responsabilidad médica.

3.1 Código Penal.

El C.P., en el título Duodécimo alude a la *Responsabilidad Profesional* y en el Capítulo I, Disposiciones Generales, artículos 228 al 230, se refieren de manera directa a la responsabilidad profesional de los profesionistas y técnicos en el ámbito de la medicina.

El artículo 228 establece *“Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre el ejercicio profesional, en su caso:*

“I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sea, dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y

“II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos”.

Del artículo en cita apreciamos que por la estructura de los elementos del tipo, el sujeto activo es cualquier persona que tenga la calidad de profesionista, artista, técnico o auxiliar de éstos. Establece como sanción principal la suspensión provisional y, en caso de reincidencia la definitiva para el ejercicio de dicha profesión. Por cuanto a la reparación del daño, ésta es solidaria entre el profesionista y sus auxiliares cuando actúen éstos bajo las órdenes de aquél.

Sobre estas disposiciones en materia penal se hace la consideración que con la suspensión temporal o permanente en el ejercicio de una profesión se violan garantías individuales al restringir la libertad de trabajo.

El derecho a la libertad de trabajo, como garantía individual de libertad, regulada en el artículo 5° del Pacto Federal y, como garantía social prevista en los apartados (A) y (B), del artículo 123 constitucional, encuentran limitaciones a dicha actividad económico

productiva, cuando el acto de autoridad que lo restrinja se apoye en una resolución judicial, en este caso una sentencia condenatoria en materia penal, por el delito de responsabilidad profesional.

Lo anterior no significa ni violación a garantías individuales, pues no se limita la práctica del trabajo en general, sino de una actividad en lo particular. Pudiendo el gobernado dedicarse a cualquier otro trabajo lícito.

En otro orden de ideas, la jurisprudencia al referirse al delito de responsabilidad técnica de los profesionistas destaca: *"PROFESIONISTAS, DELITO DE RESPONSABILIDAD TÉCNICA DE LOS. El Código Penal vigente en el Distrito Federal, en el capítulo primero, título segundo, correspondiente al libro segundo, en sus artículos 228 y 230, erigió como delito, la responsabilidad médica y técnica en que pudieren incurrir los profesionistas o personas que se dediquen al ejercicio de servicio social de carácter técnico, teniendo título legal para ejercer la actividad, y que con motivo del ejercicio de su profesión, incurran, bien por negligencia, falta de pericia, descuido o por cualquier otro motivo similar, en responsabilidad criminal; pudiendo ser responsable de la omisión de un delito intencionado o ejecutado por imprudencia..."*⁷¹

La tesis sustentada por la Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es clara al establecer que el delito de responsabilidad médica se presenta a través de una conducta

⁷¹ Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Quinta Época. Tomo XLVII. Pág. 3433.

de acción o de omisión, dolosa o culposa, originada en est último caso, por *negligencia, falta de pericia, descuido o por cualquier otro motivo similar*. El criterio de la Corte que corresponde a la Quinta Época, se formuló en el mes de febrero de 1936, como consecuencia del amparo en revisión 6449/35. Sin embargo este criterio se ha contradicho en la actualidad, con la siguiente opinión del Tribunal Colegiado de Circuito, que al texto señala: *"LESIONES. OMISIÓN MÉDICA EN EL TRATAMIENTO DE UNA ENFERMEDAD, NO CONSTITUTIVA DEL DELITO DE. Las lesiones a que se refiere el artículo 288 del Código Penal, deben producirse por una causa externa, tal como lo dispone el citado precepto y no ser consecuencia de atención de una enfermedad, toda vez que la omisión negligente en que incurrió el quejoso, al no atender correctamente a la hoy occisa, que estaba bajo su responsabilidad médica, no trajo como consecuencia la trombosis mesentérica, que finalmente ocasionó la muerte del pasivo, pues ésta era una enfermedad que padecía la víctima antes de la intervención quirúrgica que se le practicó, siendo por tanto inexacto que se trate de una conducta por omisión que produjera lesiones"*.⁷²

La opinión del Colegiado nos parece injusta ya que en cierta forma se autoriza la impunidad de los encargados de prestar un servicio médico, en donde su responsabilidad profesional y, su preparación para el ejercicio de su actividad son intrascendentes para el Derecho Penal; bajo este criterio el médico o la enfermera, o sus auxiliares podrán desencadenar enfermedades o padecimientos mayores generados por su irresponsabilidad y

⁷² Semanario Judicial de la Federación. Tribunal Colegiado de Circuito. Séptima Época. Volumen 217-228, Sexta Parte. Página 375.

negligencia, amparados en el hecho de que éstos “errores técnicos”, no tienen sanción alguna pues son secuelas que se presentan a la par de la misma enfermedad.

Otra opinión sostiene “RESPONSABILIDAD MÉDICA, PENAS APLICABLES POR. El delito de responsabilidad médica es de carácter autónomo y no una simple “modalidad” para aumentar la pena de suspensión de derechos en el ejercicio de la profesión de médico cirujano, de manera que si incurre con otro delito imprudencial, ejecutado en un sólo acto, se deberá sancionar con base en las reglas establecidas en el artículo 58 del Código Penal para el Distrito Federal, por tratarse de un concurso ideal o formal”:⁷³

De la opinión anterior podemos apreciar que en caso del delito de responsabilidad profesional (médica) se trata de un tipo autónomo, lo que significa que se puede aplicar con independencia de otros delitos, como el caso de las lesiones. Esto nos lleva a concluir que la sanción por el delito en estudio sólo corresponde a la suspensión de derechos para ejercer una determinada profesión. Y, que en todo caso, las penas de prisión o multa en el caso del artículo 228 (inclusive el 229), no son aplicables, salvo que se trate de otros delitos. Situación que nos lleva a pensar que la conminación penal es muy débil y benévola con el sujeto.

Si fuera acompañada de una sanción privativa de la libertad, el sujeto activo tendría más cuidado con sus actividades.

⁷³ Semanario Judicial de la Federación. Tribunal Colegiado de Circuito. Séptima Época. Volumen 151-156, Sexta Parte. Pág. 162.

El artículo 229 del C.P. precisa: *“El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente”*.

La omisión de la atención médica solo es punible cuando el médico otorga responsiva, situación que normalmente acontece en el sector privado, en el caso de los hospitales dependientes del sector público, pueden ser varios los facultativos que atiendan aun mismo individuo, de qué manera se precisa quién o quiénes son los responsables.

Estas imprecisiones en el Caso del Código Penal podrían originar un caso de atipicidad y probablemente la impunidad de estos profesionales, los médicos; ya que no se hace extensiva la calidad del sujeto activo a otras personas, como pudieran ser las enfermeras o el personal de apoyo, en todo caso estaríamos a lo dispuesto por la fracción II del artículo 228 del C.P.

En el caso del artículo 230, se aplica *“prisión de tres meses a dos años, hasta cien días multa y suspensión de tres meses a un año a juicio del juzgador, a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, cuando incurran en alguno de los casos siguientes:*

“I. Impedir la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares lo solicite, aduciendo adeudos de cualquier índole;

“II. Retener a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior;

“III. Retardar o negar por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

“La misma sanción se impondrá a los encargados o administradores de agencias funerarias que retarden o nieguen indebidamente la entrega de un cadáver, e igualmente a los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina, específicamente recetada por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió”.

Del estudio de este numeral observamos, para los efectos de nuestra investigación el caso comprendido en el último párrafo, que sanciona a los empleados que no surtan debidamente una receta médica, siempre y cuando le cause al paciente un daño o le sea inapropiada para el padecimiento por el cual se prescribió. Criterio que en nuestro concepto resulta absurdo, ya que si la receta establece con precisión los medicamentos que se deben suministrar, cómo es posible que por imprudencia del encargado de surtir la receta, se equivoque y sólo se castigue su negligencia cuando cause un daño.

En síntesis, consideramos que el C.P. en materia de responsabilidad profesional, específicamente la médica, existen conductas que no fueron consideradas debidamente por el legislador. La suspensión en el ejercicio de sus derechos, no es suficiente; si combatimos el problema principal que es la negligencia, la impericia, la desatención desde sus orígenes, que en este caso son la falta de preparación y vocación de servicio, conseguiremos a corto plazo un personal médico de calidad comprometido con su función social de brindar a la población que lo requiera el servicio médico, en el caso de los hospitales del sector público.

3.2 Ley General de Salud.

En el caso de esta legislación encontramos en el rubro de delitos, artículos 455 al 471, el caso del 469, que a la letra dice: *“Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida, se le impondrán de seis meses a cinco años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años. “Si se produjere el daño por la falta de intervención, podrá imponerse, además, suspensión definitiva para el ejercicio profesional, a juicio de la autoridad judicial”.*

El artículo 470 precisa que si los sujetos involucrados son servidores públicos o personal que presta sus servicios en establecimientos o instituciones del sector salud, y la conducta la hubiera realizado con motivo o en ejercicio de sus funciones, *“se le destituirá del cargo, empleo o comisión y se le inhabilitará para ocupar otro similar hasta por un tanto igual a la pena de prisión impuesta, a juicio de la autoridad judicial”.*

En este rubro, la Ley General de Salud, aplica la pena de prisión a quien de manera injustificada y en un caso de urgencia se niegue a brindar atención médica a una persona. Si este sujeto presta sus servicios profesionales en el Sector Salud, podrá ser destituido de su cargo e inclusive ocupar otros de la misma naturaleza.

Por su parte, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica⁷⁴, en el rubro de sanciones menciona en el artículo 247: *“Al responsable de cualquier establecimiento que preste servicios de atención médica, en el que sin autorización por escrito de usuario, sus familiares o representante legal, se realicen intervenciones quirúrgicas que pongan en peligro la vida o la integridad física del usuario, se sancionará con multa de doscientas a quinientas veces el salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate, a menos que se demuestre la imperiosa necesidad de practicarla para evitar un perjuicio mayor”*.

De este artículo se observa que la sanción impuesta en atención al bien jurídico tutelado por el derecho que se pone en peligro es mínima, resulta ilógico pensar que con una multa ínfima se puede conminar a la autoridad o a las personas encargadas de brindar los servicios médicos a cumplir con las prescripciones previstas en la ley.

En general, esta legislación no contempla en su articulado descripción típica alguna que aluda a la responsabilidad profesional originada por el personal adscrito a los hospitales en el sector público, lo que nos lleva a pensar en la falta de interés de los legisladores en esta materia, quizá propiciada en el hecho del que el Estado sería el responsable civil solidario de las conductas catalogadas como delitos en esta tópic.

Debemos de resaltar que en el caso de este reglamento se trata de infracciones administrativas y no de delitos.

⁷⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1986.

3.3 Ley General de Profesiones.

Este cuerpo de normas, reglamentaria del artículo 5º de la Constitución establece en su contenido las actividades que son consideradas como profesiones, los requisitos que se deben reunir para obtener la licencia o cédula para su ejercicio, así como las autoridades que deben expedirlo.

En el Capítulo VIII, artículos 61 a 73, se refiere a los delitos e infracciones de los profesionistas y de las sanciones por incumplimiento a esta ley. De dichos numerales sólo tiene aplicación al tema de estudio, los artículos 33 en relación con el 64 y 71, de la Ley en comentario. Estos preceptos establecen:

“Artículo 33.- El profesionista está obligado a poner todos sus conocimientos científicos y recursos técnicos al servicio de su cliente, así como al desempeño del trabajo convenido.

“En el caso de urgencia inaplazable los servicios que se requieran al profesionista, se presentarán en cualquier hora y en el sitio que sean requeridos, siempre que este último no exceda de veinticinco kilómetros de distancia del domicilio del profesionista”.

“Artículo 64.- Se sancionará con multa de cincuenta pesos por primera vez y duplicándose en cada caso de reincidencia, al que contravenga lo dispuesto en la parte final del artículo 33 de esta Ley.

“La Dirección General de Profesiones, previa comprobación de la infracción, impondrá la multa de referencia sin perjuicio de las sanciones penales en que hubiera incurrido”.

“Artículo 71.- Los profesionistas serán penalmente responsables de las contravenciones que comentan en el desempeño de trabajos profesionales, los auxiliares o empleados que estén bajo su inmediata dependencia y dirección, siempre que no hubieran dado las instrucciones adecuadas o sus instrucciones hubieren sido la causa del daño”.

De los numerales que preceden observamos la falta de actualización de las sanciones, así como la benevolencia de las mismas. El profesionista tiene que seguir los parámetros éticos y de conocimiento y práctica de la ciencia o disciplina de la cual él es un perito. La Ley de Profesiones deja a la Legislación civil y la penal, elaborar las normas relativas a responsabilidad profesional, civil o penal, independientemente de la actividad de que se trate.

3.4 Reglamento Interno de Arbitraje Médico.

No queremos culminar con este apartado sin hacer una breve semblanza de la Comisión de Arbitraje Médico, que fue constituida por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 1996.

Esta institución tiene como propósito conocer, resolver y emitir opiniones en los conflictos sobre la prestación de servicios médicos. Las funciones de esta Comisión no son las de imponer sanciones sino resolver a base de un laudo arbitral sobre los problemas que ante ella se plantean en materia de atención médica.

Se accede a este procedimiento a través de una queja que normalmente formula el paciente (usuario de los servicios médicos).

Presentada la queja se continúan las siguientes etapas: conciliación, defensas, excepciones, admisión, desahogo de pruebas, el laudo y su ejecución.

Este procedimiento es un medio a través del cual se pueden solucionar los conflictos derivados de la prestación de servicios médicos.

Como se puede apreciar de este estudio de las normas relacionadas con la materia objeto de esta investigación, nos percatamos que no existe disposición expresa que describa como tipo penal la conducta responsabilidad médica en la que incurre el personal médico que presta sus servicios en los hospitales del sector público, generándose con ello una verdadera impunidad.

CAPÍTULO IV DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

En los Capítulos que anteceden hemos puesto de manifiesto que el derecho a la salud como prerrogativa individual a favor de los gobernados, establece la obligación del Estado de suministrar a aquél los servicios básicos de atención médica y de requerirlo también, la hospitalaria.

Es indiscutible que el apoyo que brinda el Estado a la población en el rubro de la salud es constante, sin embargo faltan mayores recursos económicos, materiales y humanos, tendientes a mejorar el servicio.

Las personas cuando acuden a estas instituciones no lo hacen por gusto, sino por necesidad. El hecho de ir en búsqueda de alivio a sus enfermedades o malestares es un asunto serio, por ello, consideramos que el personal dependiente del sector público encargado de tan noble labor: la de brindar atención y de ser posible dar mejoría a esas aflicciones, debe y tiene la obligación de hacerlo de manera ética y profesional, con responsabilidad y respeto para su paciente.

En esta investigación observamos casos que se presentan a diario en los consultorios de las clínicas y salas de los hospitales en los que la falta de vocación, desinterés e ineptitud del personal médico, en lugar de brindar atención y consuelo al paciente, lo hacen objeto de malos tratos hacia su persona y de una deficiente atención que de acuerdo a su estado biofísico y psicológico, puede redundar en el agravamiento de su padecimiento.

La irresponsabilidad profesional médica de las personas que intervienen y coadyuvan en la atención de la salud pública se presenta, como pudimos observar en el Capítulo II de esta investigación, por error, ignorancia, impericia, deficiencias técnicas del personal (por cuanto a número y horarios) y por determinaciones imprudentes que recaen en la salud del paciente.

Qué se puede hacer en estos casos, independientemente de los delitos como las lesiones o el homicidio, en los que por imprudencia del personal se afecta al solicitante del servicio médico.

Del estudio practicado a la legislación que alude a las infracciones o delitos cometidos por los profesionales de la medicina, pudimos apreciar que dichas normas son insuficientes para poder salvaguardar bienes tutelados como el caso de la atención médica profesional.

El C.P. alude en su articulado (228-230), a la *responsabilidad profesional*, pero en su contenido no se destaca como en el caso de los abogados y litigantes, la descripción de conductas que pudieran constituir un delito.

En el caso del artículo 228, fracción I, pareciera que el tipo describe una conducta que ubica al delito de responsabilidad profesional, en general, en la que queda incluida la médica, como modalidad de *otro delito*, es decir, se debe presentar otra conducta, por ejemplo las lesiones, para que con motivo de la actividad profesional que las originó, como en el caso de la intervención quirúrgica, se pueda exigir la responsabilidad profesional del facultativo que de manera imprudente las profirió.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

En el caso de la fracción II del artículo en comentario, se establece la obligación de reparar el daño, ya a cargo del profesional o de manera solidaria con sus auxiliares cuando éstos actuaron bajo las instrucciones de aquél.

El artículo 229, si contempla el tipo del delito de responsabilidad profesional del médico, exclusivamente, no así del personal que pudiera coadyuvar con él, por lo que en estos supuestos se aplica la regla general fijada en el artículo 228.

El médico se hace acreedor a la suspensión temporal o definitiva, cuando sea reincidente, si una vez que haya dado responsiva para atender a un lesionado o enfermo, lo abandone en su tratamiento.

En este supuesto debe haber una relación contractual (prestación de servicios), verbal o escrita, para que se integre el tipo, situación que es difícil de acreditar si el ofendido por el delito carece del documento correspondiente.

También establece que debe abandonar su tratamiento, es decir, dejar de suministrar las atenciones que el caso requiere. Lo que significa, que si el facultativo obra con impericia o negligencia causando o no otro delito, no se integra el tipo de responsabilidad profesional.

De qué manera se puede exigir de los profesionales de la medicina una atención integral que garantice al solicitante del servicio que su la afección que padece es tratada con pericia y responsabilidad.

Creemos que es necesaria la creación de un tipo penal que aborde la conducta que realiza el profesional de la medicina y las personas que participan o coadyuvan en la atención médica en la que se imponga una sanción que no sólo influya con la suspensión de la actividad médica, sino que también incluya una pena más estricta como la prisión.

A continuación hablaremos de lo qué es la responsabilidad penal y cómo se aplica al caso de la responsabilidad o mejor dicho *irresponsabilidad médica*.

4.1 Responsabilidad.

Para Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara es “la obligación que corresponde a una persona determinada, de reparar el daño o perjuicio causado a otra, bien por ella misma, por el hecho de las cosas, o por actos de las personas por las que deba responder”.⁷⁵

Para poder hablar de responsabilidad en materia penal, es necesario que se demuestre que el sujeto cometió el delito y, como consecuencia de éste tiene tal obligación de responder de sus actos ante la sociedad. Sin delito o sin un tipo penal que regule una determinada conducta catalogada como tal no se le puede exigir por la vía penal la responsabilidad penal ni la reparación de los daños o perjuicios que conlleva ésta, como pena pública, o la

⁷⁵ Ob. Cit.

responsabilidad civil que le es exigida a título de incidente a los sujetos a que alude el artículo 32 del C.P.

Alberto González Blanco señala que en el tema que nos ocupa, el C.P. “nada expresa sobre lo que debe entenderse por responsabilidad, concretándose solamente a precisar qué personas incurrir en ella por los hechos que ejecuten, en el sentido de que los son: todos aquéllos que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, los que inducen o compelen a otros a cometerlos o los que prestan auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, y los que, en los casos previstos por la ley, auxilian a los delincuentes una vez que éstos efectuaren su acción delictuosa”.⁷⁶

Sobre el mismo tópico Manuel Rivera Silva señala que “es la obligación que tiene un individuo a quien le es imputable un hecho típico, de responder del mismo, por haber actuado con culpabilidad (dolo u omisión espiritual) y no existir causa legal que justifique su proceder o lo libere de la sanción”.⁷⁷

La idea que plantea Rivera Silva nos sirve para apoyar el punto de vista que sostenemos sobre el hecho de que el presupuesto esencial para la responsabilidad penal es que la conducta, sea considerada por la ley como delito. No se le puede dar esa categoría a los actos del ser humano que no se encuentren previstos en la ley, pues como ya lo comentamos, la seguridad jurídica y la legalidad exigen una norma como fundamento para

⁷⁶ El Procedimiento Penal Mexicano, en la doctrina y en el derecho positivo; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1975; pp. 103 y 104. El artículo 13 del C.P. lista quiénes son responsables del delito.

⁷⁷ El Procedimiento Penal, 25ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1997; p. 163.

sancionar una conducta delictiva. En el tema de la responsabilidad médica del personal que atiende en los centros hospitalarios del Sector Público, no hay disposición expresa que atienda al problema.

Giovanni Carmignani comenta que todo “cuanto concierne a sanidad pública, pertenece ocupar un sitio intermedio entre la seguridad y la tranquilidad públicas”.⁷⁸

Lo anterior significa que el Estado tiene el compromiso de salvaguardar estos valores, el gobernado no puede actuar con miedo o incertidumbre de acudir ante una institución pública que brinda servicios de medicina, preocupada de que la atención sea deficiente. No, por el contrario, debe tener la seguridad de que va a recibir un buen trato y servicio profesional responsable.

Comenta el médico Salvador Martínez Murillo: “debemos ser siempre muy prudentes y cuidadosos en nuestras actuaciones; tener un claro criterio de responsabilidad, base y fundamento de la medicina”.⁷⁹

Al respecto de la responsabilidad médica señala: “lo difícil que en la práctica resulta saber cuando un médico ha originado un daño, exceptuando aquellos casos en los que claramente se ve la relación indiscutible de causa a efecto”.⁸⁰

⁷⁸ Elementos de derecho Criminal, traducida del italiano por Filippo Ambrosoli; Edit. Temis, Librería; Bogotá, Colombia, 1979; p. 573.

⁷⁹ Ob. Cit.; p. 38.

⁸⁰ Ibidem; p. 37.

Sin embargo no podemos dejar impunes ese tipo de conductas, "el menor delito ataca a la sociedad entera, y ésta, incluido el delincuente se halla presente en el menor castigo; el castigo penal es, por lo tanto, una función generalizada, coextensiva al cuerpo social y a cada uno de sus elementos. La infracción opone, en efecto, un individuo al cuerpo social entero; para castigarlo la sociedad tiene el derecho de alzarse toda entera contra él".⁸¹

Pero cuáles son los argumentos que nos permiten llegar a concluir en la necesidad de crear un tipo penal. Además de las opiniones que ya hemos vertido en esta investigación en el siguiente apartado abundaremos al respecto.

4.1.1 Exigible del Delincuente.

El haber realizado una conducta típica, antijurídica, imputable y punible acarrea como consecuencia el merecimiento de una sanción, pero cómo exigirla del médico o su personal cuando éstos se escudan en una causa de justificación.

Francisco González de la Vega, en su obra *Derecho Penal Mexicano*, menciona los argumentos a favor y en contra sobre la justificación de las lesiones quirúrgicas y su relación con la responsabilidad profesional.

⁸¹ Carmignani. Giovanni. Ob. Cit.: p. 23.

Comenta que tales lesiones o alteraciones en la salud como consecuencia de un tratamiento médico, son el resultado del ejercicio lícito de una profesión autorizada por la ley; opinión racional, pero insuficiente para dar solución a todos los casos, en los que el facultativo o su personal podrían actuar de manera imprudente y ocasionar un daño mayor.⁸²

Si partimos de la idea de esencial de “que el procedimiento penal tiene como fin la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia”⁸³, de qué manera podemos llegar a este fin si no es a través de la aplicación de las consecuencias jurídicas de la norma al caso concreto.

Con la creación de un tipo penal sobre la responsabilidad profesional médica, correspondería a las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia, determinar sobre la culpabilidad o inocencia del individuo y no dejarlo a una resolución arbitral como el caso de la Comisión de Arbitraje, en la que sólo se coaccionaría administrativa o civilmente al sujeto.

Cabe hacer mención, según lo establecido por Francisco González de la Vega, que el C.P. que nos rige suprimió la casuística e innecesario capítulo de *Delitos cometidos por médicos, cirujanos, comadrones y parteros*, “la supresión es plausible, porque permite mayor elasticidad técnica en la aplicación de sanciones por delitos cometidos en el ejercicio de la medicina”.⁸⁴

⁸² Cfr.; los delitos, 26ª ed. actualizada: Edit. Porrúa, S.A.; México, 1993; pp. 17-19.

⁸³ García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal, 4ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1983; p. 2.

⁸⁴ Idem

Esta idea, con la cual no estamos de acuerdo, demuestra que esa “elasticidad en la aplicación de sanciones”, quedó tan amplia que bajo su salvaguarda quedaron fuera conductas que deberían de castigarse.

4.1.2 Exigible del Estado.

Guillermo Colín Sánchez, al respecto comenta que de acuerdo al artículo 39, fracción VI del C.P., el Estado está obligado a responder, reparando el daño “solidariamente, de manera mancomunada, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente (a título de ayuda) cuando aquéllos fueren culposos”.⁸⁵

De lo anterior consideramos que el Estado, en los casos de responsabilidad profesional médico que interviene en las instituciones hospitalarias del Sector Público, debería responder a título de reparación del daño de manera solidaria en todos los casos, independientemente de que el delito fuera doloso o culposo. La razón se sustenta en el hecho de que su personal ha de estar debidamente capacitado y al ser seleccionado pasó por una serie de pruebas que acreditaron su aptitud para determinada labor.

⁸⁵ Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 16ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1997; p. 598.

No se puede dejar al capricho de las autoridades en materia de salud el contratar a personal que no satisfaga los perfiles que demanda el puesto. Con ello el Estado tendría mayor cuidado en la selección de su personal.

Las formas en que se repara el daño es a través de la restitución de lo que con motivo del delito se dañó o afectó, pero cuando esto no es posible deberá indemnizarse al sujeto, pero consideramos que en el caso del importe de la indemnización debiera, en el caso de que el delito de responsabilidad se relacione con lesiones u homicidio, duplicar el monto de la indemnización en atención a que si el Estado de alguna manera a través de nuestras obligaciones fiscales las canaliza a los servicios médicos, no sería equitativo que la misma sociedad pague por lo errores de los servidores públicos.

4.2 Creación de un Tipo Penal.

Consideramos por todo lo expuesto en esta investigación que es necesaria la creación de un tipo penal que regule con precisión el delito de responsabilidad profesional médica, ya sea que quede incluido en el C.P. o bien dentro del catálogo de delitos en la Ley general de Salud. La descripción típica, podría quedar redactada en los siguientes términos:

Comete el delito responsabilidad profesional médica quien con motivo o ejercicio de sus funciones desempeñe actividades relacionadas con el servicio de atención médica pública o privada, siempre que en el ejercicio de éstas se demuestre que actuó con negligencia o

impericia o descuido, poniendo en riesgo la salud del receptor del servicio y con independencia de otros delitos que se pudieran causar con dicha conducta.

Al autor de este delito se le impondrán de cuatro meses a cuatro años de prisión, multa por el equivalente de cincuenta a quinientas veces el salario mínimo vigente en la zona económica en la que se cometió el ilícito y la suspensión por igual tiempo en el ejercicio de su profesión; ésta será definitiva cuando se trate de reincidencia.

En el caso de trabajadores de la medicina adscritos al Sector Salud, el Estado deberá reparar el daño ocasionado de manera solidaria y en caso de indemnización por lesiones u homicidio, el monto se duplicará.

CONCLUSIONES:

De conformidad con el estudio y análisis de los contenidos aportados en esta investigación por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema de la responsabilidad profesional medica, llegamos a demostrar que hace falta incluir en el Código Penal o en el capítulo de delitos de la Ley General de Salud, un artículo que regule la conducta delictiva en la que pueden incurrir aquellos que prestan el servicio medio, en general y, en particular en el caso de los hospitales, en el sector salud.

A continuación presentamos las conclusiones que justifican la afirmación presentada en la tesis de esta investigación:

PRIMERA.- Desde tiempos inmemorables el ser humano se ha preocupado por atender sus malestares, dolencias o enfermedades, su interés es el de conservar y preservar su salud, factor fundamental para el logro de sus expectativas y desarrollo como individuo que forma parte de una sociedad determinada.

SEGUNDA.- En el catálogo de los derechos fundamentales del hombre en los que se ubica la vida, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad jurídica, se destaca el derecho a gozar y procurar un buen estado de salud, física y mental. Este derecho inherente al individuo se ve garantizado a través de las garantías individuales descritas en la parte dogmática de la Constitución, específicamente en el artículo 4º, que consagra una prerrogativa genérica de igualdad y, que en el caso del derecho a la salud, impone al Estado en favor del titular de la garantía individual, la obligación de satisfacer las necesidades

médicas que éste pudiera requerir. El Derecho a la Salud Pública, de conformidad a lo prescrito por la propia Ley General de Salud, tiende a hacer llegar los beneficios de la medicina y la atención médica a la población (principalmente la de escasos recursos) que la solicite.

TERCERA.- El Sector Salud, se compone de organismos públicos que se encargan de brindar el servicio médico a quienes los soliciten. También existen en este rubro, otras instituciones de asistencia social encargadas de esta importante función que concentran sus esfuerzos en brindar atención médica y hospitalaria a las personas de bajos recursos o que por su situación geográfica requieren de este servicio.

CUARTA.- En el caso de los derechos sociales a favor de los trabajadores, de conformidad con el artículo 123, éstos cuentan con la seguridad social, en una de sus líneas de acción se encarga de prestar el servicio médico a sus afiliados. Instituciones como el Seguro Social, son las comisionadas para esta labor.

QUINTA.- El derecho a la salud como prerrogativa individual garantiza al gobernado el acceso a los servicios de atención médica en clínicas y hospitales, el suministro de medicamentos y la asesoría médica que requiera para conservar y mantener su salud y la de su familia.

SEXTA.- Derivados de la disposición constitucional contenida en el artículo 4º, existen cuerpos legales que regulan este derecho. La Ley General de Salud, es la norma reglamentaria del numeral constitucional de referencia.

SÉPTIMA.- El estudio y análisis de los casos que presentamos en esta investigación demuestran el origen y etiología de la responsabilidad médica y su impunidad, por falta de conocimiento de los afectados con las conductas irresponsables del personal encargado de brindar este servicio.

La falta de vocación, de capacitación y la indolencia son el origen del problema. Sus causas, se presentan por la falta de personal, deshumanización en la prestación del servicio, ignorancia, descuido, falta de atención al enfermo, así como la deficiencia de recursos materiales y económicos y la política de medicamentos restringidos o adecuados al cuadro básico son factores que agudizan el problema ocasionando el demérito y fallas del servicio con la consecuente afectación de quien los solicita.

OCTAVA.- La conducta que genera responsabilidad en contra de los facultativos, enfermeras, auxiliares, encargados de la farmacia y demás personal relacionado con la atención médica, se presenta normalmente por una omisión, misma que ocasiona consecuencias en la salud del receptor del servicio.

NOVENA.- Consideramos que la legislación penal y las leyes que tratan el tema de la prestación de los servicios profesionales de índole médica a descuidado el tema de la responsabilidad profesional en este rubro. Normalmente los profesionistas y técnicos en la materia, se escudan cuando cometen errores: de diagnóstico, medicación, intervención quirúrgica, tratamiento pre y post operatorio, en causas de justificación del delito como el cumplimiento de un deber.

DÉCIMA.- La jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, propicia en el caso de la responsabilidad médica y el delito de lesiones una cierta impunidad, pues si la lesión se produce imprudentemente y como consecuencia del tratamiento médico o quirúrgico, no es constitutiva de dicho delito.

UNDÉCIMA.- La conducta adquiere el carácter de delito cuando afecta un bien jurídico protegido por el derecho y, el legislador observando este problema decide describir y sancionar tal conducta en una norma penal.

DUODÉCIMA.- La fuente única, por imperativo constitucional, del Derecho Penal es la Ley. No se le podrá dar el carácter de delito a una conducta que no esté prevista exactamente en una ley.

DÉCIMA TERCERA.- No podemos permitir la impunidad de quienes están encargados de cuidar la salud de los gobernados (en el caso del Sector Salud), por falta de norma expresa que establezca con precisión el delito de responsabilidad médica del personal de hospitales del Sector Público, por ello consideramos indispensable integrar al Código Penal o a la Ley General de Salud, un tipo penal sobre este particular.

DÉCIMA CUARTA.- La norma que proponemos debe contener en su descripción la calidad del sujeto activo, médico, enfermera, técnico, auxiliar o cualquier empleado del sector salud a quien se le ha encomendado la prestación del servicio médico; el sujeto pasivo es cualquier persona que solicite el servicio; la conducta se traduce en la impericia, negligencia, descuido en la prestación del servicio, independientemente de que se causen

otras conductas que constituyan delito diverso; la sanción, que consista en pena privativa de libertad y multa. Por cuanto a la reparación del daño exigible del Estado, que se dupliquen los montos de la indemnización para el responsable solidario.

DÉCIMA QUINTA.- El delito de responsabilidad médica, permitirá en cierta medida al personal de atención médica en general, cumplir con ética y profesionalismo su labor. Deberá actuar en su servicio con cuidado diligencia; o es que acaso la vida y la salud del hombre no lo ameritan.



BIBLIOGRAFÍA.

- Brunner, Lilian Sholtis. *Enfermería Medicoquirúrgica*, 2ª ed.; Edit. Interamericana; México, 1992.
- Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*, 5ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1968.
- Carmignani, Giovanni. *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1984.
- Carrillo Prieto, Ignacio. *Elementos de Derecho Criminal*, traducida del italiano por Filippo Ambrosoli; Edit. Temis, Librería; Bogotá, Colombia, 1979.
- Castellanos, Fernando. *Derecho a la Seguridad Social*; UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas; México, 1991.
- Castellanos, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, parte general, 37ª ed. actualizada; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1997.
- Castro, Juventino V. *Garantías y Amparo*, 5ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1986.
- Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 16ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1997.
- De la Cueva, Mario. *Síntesis del Derecho del Trabajo. Panorama de Derecho Mexicano*, T. I; UNAM; México, 1965.
- De Pina, Rafael y Rafael de Pina Vara. *Diccionario de Derecho*, 17ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1991.
- Fix-Zamidio, Héctor y otros. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, comentada; UNAM; México, 1995.
- García Ramírez, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1983.
- González Blanco, Alberto. *El Procedimiento Penal Mexicano*, en la doctrina y en el derecho positivo; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1975.
- González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, los delitos 26ª ed. actualizada; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1993.
- Horacio Bello, Antonio. *Responsabilidad Profesional de los Médicos*; Edit. Heliasta; Argentina, 1993.
- López Betancourt, Eduardo. *Teoría del Delito*, 4ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1997.
- Márquez Piñero, Rafael. *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed. corregida y aumentada; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1996.
- Márquez Piñero, Rafael. *Derecho Penal*, parte general; Edit. Trillas; México, 1986.
- Márquez Piñero, Rafael. *El Tipo Penal*, algunas consideraciones en torno al mismo; UNAM; México, 1986.

- Martínez Murillo, Salvador. *Medicina Legal*, 12ª ed. notablemente corregida y aumentada; Francisco Méndez Oteo, Editor y Distribuidor; México, 1980.
- Mezger, Edmundo. *Derecho Penal*, parte general, libro de estudio; traducida del alemán por Ricardo C. Núñez; Cárdenas, Editor y Distribuidor; México, 1985.
- Ojeda Velázquez, Jorge. *Derecho Punitivo*, teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito; Edit. Trillas; México, 1993.
- Ortiz Ortiz, Serafin. *Los Fines de la Pena*; Edit. Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República; México, 1993.
- Quiroz Cuarón, Alfonso. *Medicina Forense*, 7ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1980.
- Rabasa, Emilio O. y Gloria Caballero. *Mexicano: ésta es tu Constitución*, texto vigente a 1998, con el comentario de cada artículo, 12ª ed.; Edit. Miguel Angel Porrúa; México, 1998.
- Rivera Silva, Manuel. *El Procedimiento Penal*, 25ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1997.
- Roxín, Claus. *Teoría del Tipo Penal*, tipos abiertos y elementos del deber jurídico, traducida del alemán por Enrique Bacigalupo; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1979.
- Villalobos, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*, parte general, 5ª ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1990.
- Yeager, Mary Ellen. *Técnica en el Quirófano*, 2ª ed.; Edit. Interamericana; México, 1971.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*, parte general, primera edición mexicana; Cárdenas, Editor y Distribuidor; México, 1986.

LEGISLACIÓN.

- ◆ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).
- ◆ Ley General de Salud (1984).
- ◆ Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el D.F. (1945).
- ◆ Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal (1931).
- ◆ Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (1931).
- ◆ Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (1996).

JURISPRUDENCIA.

- ◆ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación: IUS8, CD.

ECONOGRAFÍA.

- ◆ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado; Reader's Digest; México, 1998.